

نظرية العرف

تأليف

الدكتور

عبد العزيز الخياط

الاستاذ المساعد بالجامعة الاردنية

نشر

مكتبة الأقصى ــ عمان

١٣٩٧ هـ - ١٩٧٧م

مطابع وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية - عمان

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمـــه

تعتمد الشريعة الاسلامية على الكتاب والسنة المصدرين الاســاسين للتشريع والقانون بالاجمــاع ، ويعتبر جمهور الفقهاء الاجمــاع والقياس مصدرين اساسيين آخرين ، ولكل مجتهد من المجتهدين مصادر فرعية اعتمدها كالاستحسان عند ابي حنيفة وعمل اهل المدينة والمصالح المرسلة عند مالك ، والاستصحاب عند الشافعي ، والاباحة الاصلية عند ابن حنبل .

والعرف واحد من المصادر الفرعية لاستقاء الاحكام واستنباطها ضمن شروط موسعة او مضيقة بحسب اختلاف العلماء ، وقد اتخذته بعض الدول الغربية مصدراً اساسياً في التقنين ، وقدمته على الدين باعتبــار ان العرف اقدم الاثنين وجوداً في تصورهم ، وهو تصور خاطىء ، لان الدين وحي الله والله خالق الكون والانسان والحياة ، فالعرف حادث والدين ازلي ، والحادث طارىء متاخر في الوجود .

والعرف في نظر القانونيين امــا ان يكون القــاعدة القانونية ذاتها او مصدراً رسمياً للقاعدة القانونية ، والارجح أنه مصدر القاعدة القــانونية ، لان العرف اعتياد الناس على سلوك معين في تنظيم ناحية من نواحي حياتهم في المجتمع ، ولذلك تنشأ عنه القاعدة .

والعرف عند الفقهاء معتبر كمــا هو عند القانونيين بشروط وقيود دقيقة ومفصلة ، كأن يكون مطرداً غالبا مقارنا ولا يعارضه تصريح بخلافه في الشريعة ، ولا يعطل نصا من نصوص الشريعة وقد قيدوه بالعرف الصحيح دون الفاسد ، وقيدوا اعتباره مصدرا بحسب كونه عاما او خاصا .

غير ان القانونيين يقصرون العمل بالعرف على ماكان له علاقة قانونية قائمة بين الاشخاص في دائرة معاملاتهم ، امـــاما يتعلق في المجاملات والمظاهر كتبادل الهدايا والزيارات وغيرها فلا يعتبرون العرف فيها ، بينما فقهاء الشريعة اخذوا بعين الاعتبار ذلك لاسيما فيما يتعلق بالعـــلاقات الاجتماعية الأسرية كالخطبة والزواج وغيرها ، ولم يكن العرف مقيدا في الاخذ به عند القـــانونيين ، غير ان المشرعين الفرنسين تأثروا بالفقه الاسلامي وعلم الاصول في تقييد العرف بالقيود التي قيده بها الفقهاء كما يتضح ذلك في ما كتبه ليبران عن العرف (١) .

والعمل بالعرف له مزاياه وعيوبه ، فمن محـــاسنه انه تعبير عما يرتضيه افراد الشعب ، وصورة صحيحة عن عاداتهم واصطلاحـــاتهم في مسلكهم في المجتمع ، وهـــو اكثر قابلية للتطور ومواكبة التغيرات التي تحدث في المجتمع ، بينما تجمد في في كثير من الاحيان نصوص القانون المكتوبة فتحتاج الى تغيير او تعديل ، ويساعد في فهم كثير من النصوص والاجتهاد منها بما يسد الحـــاجة الى بيان حكم الشريعة فيما يجد من المسائل ، ويعين في حل كثير من المشكلات الطارئة في ضوء النصوص والقواعد الشرعية ولا سيما فيما يتعلق بالمعاملات الجارية في البيع والتجارة والاجارة والزراعة والارتفاق والزواج والحلف والنذر . ولكن اكبر عيب للعرف انه يقف حاجزا امام التقدم والاصلاح إذا كان قد استقر فاسدا والف الناس فيه الفساد ، كما نشاهد في استقرار كثير من الاعراف الفاسدة عند جمهور المسلمين حتى في الامور التي تنسب الى الدين واستقر العرف فيها على ذلك والدين منهـــا براء ، فاذا قام المصلحون بالدعوة الى العودة الى جوهر الدين وصفائه ، والتقيد بتعاليمه السامية كان العرف حاجزا يستند اليه المعوقون عن الاصلاح . وإذا كان مستند القـــانون العرف اولا دون ان يكون العرف نفسه مستندا الى اصول دقيقة وخطوط عريضة ثابتة ، فان العرف حينئذ يصبح عائقا اكبر في وجه النظم الاصلاحية وبالتالي يضطر الناس الى ممارسة الازدواجية في مسالكهم فهم يتقيدون بالعرف ويخشون التقاليد ولـــكنهم يريدون التقدم والاصلاح وفق الافكـــار الجديدة والنظم المستحدثة فيضطرون الى اظهار غيرما يبطنون نفاقا ، وممارسة ما يعتقدون مما يخالف العرف السائد الذي رأوا فيه الفساد ، والقـــانون الذي استند الى هذا العرف ولم يقو

---

(١) العرف لليبران / ٢٥١ . نقلا عن اصول القانون لحسن كيرة /١٦٥ .

المسئولون على تغييره انصياعا وتمسكا به ، ثم ان العرف حين يتخذ مصدرا للقانون يساعد على تعدد القوانين واختلافها في الدولة الواحدة بسبب اختلافها العرف وتعدد انواعه مما يؤدى الى ضياع وحدة القانون وبالتالي يؤدي الى تفكك وحدتها السياسية وبلبلة مجتمعها ، يضاف الى ذلك ان العرف نفسه إذا لم يكن مستنداً الى اصل منضبط كالقواعد الشرعية والتعاليم الدينية الواضحة ، فانه يفقد وضوحه ويكتنفه الغموض وينتج عن ذلك الاختلاف والتنازع في تحديد قواعدة ومضمونه مما يؤدي الى التعارض حول المعاملات والتنازع فيها فتسود الفوضى وينعدم النظام .

وقد يتساءل انسان ما : هل يكون للعرف قوة ملزمة ، وهل له قوة الاحكام الشرعية او التشريع القانوني الوضعي وسنعرض في هذا البحث للاجـــابة على هذا السؤال الا اننا نستبق القول في توضيح ان العرف في نظر الشريعة لاتكون له القوة الملزمة الا إذا كان عرفـــا صحيحاً أي مستندا الى اصل شرعي او لا يتعارض مع نص شرعي ، وكان عرفا آمرا لامكملا ولا مفسرا ، ولم يكن ثمة نص شرعي ؛ فيجب حينئذ تحكيمه وتطبيقه ،ويستثنى من ذلك العرف الذي ليس بملزم ـعادةـ ولايصلح مستنداً لاثبات الحقوق كالتهادي في مناسبات معينة ، ومايبذله التجـــار عادة لعملائهم من التسهيلات والهدايا لترغيبهم في الشراء او التعامل وماتعارفه الجيران فيما بينهم على سبيل التسامح ، فانه لو ادعى احد شيئاً من هذا امام القضاء لايحكم به . بينما يعطي القانونيون العرف قوة الالزام حين لانجد نصا تشريعيا في المسألة او حين ينص المشرع القانوني على افضلية قواعد العرف في التطبيق على التشريع القانوني رغم وجوده أي تتوقف قوةالعرف على ارادة المشرع ، في الوقت الذي اختلفوا في مصدر قوة الزامه أمصدر هذه القوة من احكام القضـــاء ، أو هل يعتبر المصدر من الضرورات الاجتماعية ؟ وقد راجت النظرية الاولى في عهد الملكية المطلقة في اوربا بتأثر من سيادة نظرية الحق الالهي ، وقل القـــائلون بها بعد التطورات السياسية التي اثرت على التطور القانوني لانها كانت موضع انتقاد المشرعين مـــن ناحية ان العرف اقـــدم وجودا ـ في نظرهم ـ مـــن المشرع ، ولأن العرف قـــد يكون في كثير مـــن المجتمعات اكثر شمـــولا من القانون ، ولانها تجعل القانون تحت تأثير السلطة لا المجتمع إذا جعل تابعـــا للمشرع . كما ان اعتبار قوة العرف ناشئة من احكام القضاء تجعل من العرف عادة لاقيمة لها حتى

يتدخل القضاء فيقرها ويحكم بها ويسبغ عليها القوة الملزمة وهذا ماراج في انجلترا اذ اتخذت السوابق القضائية قانونا، والسوابق القضـــائية في انجلترا بني معظمها على العادة والعرف .

وقد تحمس لهذه النظرية قـــانوني فرنسي هو لامبير معتمداً على ان معظم العرف لنا خرجه الكهنة والقضاة (١) والواقع ان هذه النظرية غير مقبولة عند كثير من القانونيين وقد وجهت لها انتقـــادات كثيرة منها : ان الاستقراء التاريخي يدل على ان العرف اشمل من احكام القضاء واسبق وجودا ولاسيما الاعراف المحلية المهنية ومنها العرف الذي استقر بشأن الحسابات الجـــارية في فرنسا (٢) وان المفروض في وظيفة القضاء ان يطبق احكاما سبقت في الوجود تطبيق المحاكم لهـــا ، وان تطبيقهم العرف دليـــل قوته والزامه فلا يستمدها من التطبيق ، على ان معظم القوانين تجعل العرف مرجعا من المراجع القانونيه والقانون اسبق في الوجود من التطبيق .

والنظرية القائلة بان العرف يستمد قوته الملزمة من الضرورات الاجتماعية لا من ارادة المشرع ولا من احكام القضاء ، هي اكثر قبولا عند القانونيين لقوة الحاجة الاجتماعية ، ولأن العرف اصبح يحكم علاقات الناس في كثير من امورهم ؛ لأنه يرضي مصالحهم ويتجـــاوب مع غرائزهم ، وهذه النظرية راجت عند القانونيين الرومانيين والفرنسيين .

وقد ظهر بان الشريعة الاسلامية لاتأخذ بأي من هذه النظريات وانما تعتمد العرف فيما لا نص فيه ، اذ لامساغ للاجتهـــاد في مورد النص ، واعتمادها العرف ناشيء من اقرار الاصول المعتمدة في التشريع الاســـلامي ، والعرف ليس اسبق وجودا من المشرع في الاسلام لأن المشرع الحقيقي في الاسلام هو الله تبارك وتعالى

---

(١) انظر اصول القـــانون لحسن كيره / ١٦٧ وكتاب المدخل لدراسة القانون والشريعة الاسلامية لعبد الباقي البكرى / ٤٠٧ .

(٢) المصدر السابق / ١٠٧ وكتاب المدخل للعلوم القانونية لسليمان مرقس / ٣٠٥ طبع مصر ١٩٦٨

ولايمنع هذا من ان الاسـلام يأخذ بتطور العرف ويحكمه عند استنباط الاحكام الاجتهاديه في الايات ظنية الدلالة .

على ان النظريات المعاصرة تتجه الى تفوق التشريع على العرف ، وان كان بعضها يسوى بينهما كالقانون الالماني ، وربما ذهب بعضها الى اغفال الرجوع الى العرف مثل القانون البرازيلي ، أو عدم قدرته على الغاء القانون كالقانون البرتغالي .

والقوانين المـدنية المصرية والعراقية والسورية اعتبرت العرف مصدرا من مصادرها بل انها قدمته على الشريعة الاسلامية ، غـير ان المشرع الاردني رفض القانون المدني المأخوذ من القوانين الوضعية وفيه تقديم العرف على الشريعة الاسلامية في أفضلية المصادر ، وذلك حين رد مجلس الامة القانون المـدني الذي تقدمت به الحكومة الاردنية نقلا عن القانون المدني السوري وذلك في عام ١٩٥٤ كما رفضه مجلس الاعيان في عام ١٩٦٤ وصدرت الارادة الملكية بضروة وضع قانون مدني مستمد من الشريعة الاسلامية وقد تألفت لجنة من عدد من العلماء والقانونيين لهذه الغاية وباشرت عملها مستعينة بالعلماء والخبراء حتى فرغت من مشروع قانون مدني مستمد من الشريعة الاسلامية سنة ١٩٧٦ (١) واعتمدت العرف في المـادة الثانية منه ونصها :

---

(١) يجدر بنا ان نسرد مراحل وضع القانون المدني الاردني المستمد من الشريعة الاسلامية من البيان الصحفي الذي القاه دولة السيد بهجت التلهوني رئيس مجلس الاعيـان الاردني ورئيس اللجنة المكلفة بوضع مشروع القانون المدني وقد جاء فيه :

يسعدني واخواني اعضاء اللجنه ، وقد انجزنا عملنا بعون الله تعـالى ان نرفع صادق الاجلال والاحترام الى حضرة صاحب الجلالة الهاشمية الملك الحسين بن طلال حفظه الله فقد كان لرسالته السامية المؤرخة في ١٩٦٤/٤/٨ ، وتوجيهه الكريم عظيم العون ، وخير العطـاء ، لنـا في تأدية مهمتنا وتيسير عملنا .

ويسرني وزملائي المحترمين اعضاء اللجنة المكلفة بوضع واعداد مشروع القانون المدني اصحاب السماحة والمعالي والعطوفة السادة : الشيخ عبدالله غوشه ، الشيخ الحميد السائح ، عبد الرحمن خليفه ، علي الهنداوي ، أحمـد الطراونه ، يعقوب معمر ، الدكتور عبد العزيز الخياط ، الشيخ عبد الباقي جمو ، سلمان القضاة ، رزق البطاينة ، سعيد الدرة ، الدكتور ابراهيم زيد الكيلاني ان نرحب برجال الاعلام والصحافة ووكالات الانباء في هذا اللقاء الاخوى اجمل ترحيب . =

«العرف كالنص واستعمال الناس حجة فان لم يجد القاضي نصاً في القانون أو حكماً في الشريعة الاسلامية حكم بمقتضى العرف الغالب » .

= والمؤتمر الذي أعقده اليوم ، انما هو لقاء إعلامي أشرح فيه لكم ، وللرأي العام والاخوة المواطنين الخطوات الدقيقة والمراحل الشاقة التي اجتازتها لجنتنا بصمت وصبر وعمل في سبيل إعداد وانجاز هذا المشروع الجليل .

أهمية القانون :

يعتبر القانون المدني من أبرز قوانين الدولة وأهمها ، إذ أن له صلة وعلاقة بكل انسان فهو القانون الذي ينظم معاملات الناس ، ويرتب شؤونها ويحدد شروطها والالتزام بموجبها . ولعل المهمة التي أوكلت لنا ، من أقسى ما مر بنا ، فقد تحملنا الامانة والثقة والمسؤولية وهي عبء كبير ندعو الله أن نكون عند حسن الظن بنا . فقد كانت مهمتنا أن نضع مشروع قانون حديث ، يحل محل مجلة الاحكام العدلية الصادرة سنة ١٢٨٦ هـ يتصف بالاعتدال ويجمع الاستقرار الفقهي والقانوني والقضائي ويطاوع التطور الاقتصادي ، والاجتماعي والزمني . فالاستقرار الذي توخيناه ، يتمثل في وصل الماضي بالحاضر تشريعاً وفقهاً وقضاء والتطور كان يتراءى لنا في تطلع الحاضر الى المستقبل المتطور . فكان علينا تجاه مهمتنا الاستعانة بالعلماء والخبراء والفقهاء ليكون عملنا قائماً على أصوله القانونية ومستنداً على قواعد العلم والفقه والقانون .

مراجع القانون :

وعمدنا الى تحديد عملنا ووضع خطتنا في إعداد المشروع معتمدين على المراجع والمصادر التالية :

* مجلة الأحكام العدلية والفقه الإسلامي بجميع مذاهبه .
* التشريعات والقوانين الاردنية المعمول بها .
* مشروع القانون المدني الموجود حالياً في مجلس الأعيان .
* كافة التشريعات والقوانين المعاصرة المستمدة من الفقه الإسلامي .

مكتبة فقهية قانونية :

وعملنا بعد ذلك على تهيئة مكتبة فقهية قانونية تحتوي على كثير من المراجع المفيدة ليستفيد منها العلماء والخبراء والفقهاء ورجال القانون في العمل وواصل الجميع الدراسة والصياغة والاجتماعات المتكررة حتى أنجزنا العمل ولأول مرة في تاريخ العرب الحديث تقوم المملكة الاردنية الهاشمية باعداد مشروع قانون مدني يتناول أحكام المعاملات مستمد من الفقه الاسلامي بأحكامه الواسعة المتفتحة على الحياة وقواعده المتطورة دائماً مع متطلبات العصر والصالحة للغد ولتبدل الازمان وهو مشروع رائد ينتظره العرب والمسلمون بفارغ الصبر وهو يحقق رغبة طالما تمناها كثير من رجال القضاء والقانون وعلى رأسهم الدكتور عبدالرزاق السنهوري. =

القانون المدني المصري :

= ويقع مشروع القانون في نحو ١٤٥٠ مادة ، وتستند كل مادة من مواده الى مآخذها ونظائرها في القوانين المعاصرة ومرجعها الفقهي في مذكرات ايضاحية تقع في نحو ١٥٠٠ صفحة وهي شروح وافية لكل مادة وفقرة قانونية لقضائنا ورجال القانون ولا شك فانكم متسألون عن طول المدة التي قضيناها في عملنا فأجيبكم وبالتواريخ والسنين عن المدة التي استغرقها انجاز القانون المدني المصري .

كان في مصر تقنينان للقضاء مختلط صدر في عام ١٨٧٦ وأهلي صدر عام ١٨٨٣ وقد فكر بتوحيد التقنينين بقانون واحد ، فتشكلت أول لجنة برئاسة المرحوم مراد سيد أحمد باشا بتاريخ ٢٧ شباط ١٩٣٦ وعضوية ثمانية أعضاء من رجال القانون . وفي نفس العام تشكلت لجنة ثانية برئاسة المرحوم كامل صدقي باشا وعشرة أعضاء، وفي عام ١٩٣٨ تولى المرحوم الدكتور عبدالرزاق السنهوري والمسيو لامبير من كبار رجال الفقه في فرنسا وضع مشروع كامل للقانون المدني وقد انجز ذلك وتم طبع المشروع عام ١٩٤٢ وعرض المشروع للاستفتاء مدة ثلاث سنوات حتى عام ١٩٤٥ . وبعد هذا التاريخ وعلى ضوء الملاحظات التي ابديت أحيل المشروع من الحكومة الى مجلس النواب في ١٧ كانون الاول سنة ١٩٤٥ وبقي في مجلس النواب ومجلس الشيوخ حتى ٥ تموز ١٩٤٨ وعمل بالقانون في ١٥ تشرين أول سنة ١٩٤٩ ويعني هذا ان القانون المدني المصري استغرق اثني عشر عاماً حتى عمل به مع ملاحظة ان القانون المدني المصري ومثله القانون المدني السوري والقانون المدني العراقي وان استمدت من الفقه الإسلامي بعض نظرياته وأحكامه إلا أنها كانت في مجموعها واكثريتها أجنبية عن تراثنا ويقتضي من رجال القضاء والقانون والعلماء الرجوع الى تلك المصادر الغربية عن بيئتنا في تفسيرها وأهدافها مع أن مشروعنا المشار اليه كان في مجموعه واكثره يعتمد على تراثنا ومصدر أمجادنا من الفقه الإسلامي على اختلاف مذاهبه مما يربط حاضرنا بماضينا على وجه يقتضي منا الفخر والاعتزاز. وهذا ما يتفق مع نهضتنا المعاصرة من الحرية والانطلاق وإبراز شخصيتنا وقد تطلب ذلك بحثاً مستفيضاً في المراجع الفقهية والقانونية المتعددة ووقتاً غير قصير .

هذا جوابي ، وانكم بلا شك تشاركونني الرأي بأن العمل القانوني عمل مضن ويحتاج لدراسة ومراجعة وعلم ، وجميع هذا يحتاج الى وقت . ونحن اذ نرفع المشروع الى من عهد الينا بوضعه واعداده فاننا نثق بأنه قد يضاف الى المكتبة القانونية مرجع قانوني هام مع مذكرات ايضاحية مسهبة تشير الى المادة ومرجعها الفقهي ومأخذها القانوني ونؤمن أيضا أن بعض المواد الواردة في هذا المشروع والمأخوذة عن تشريعات معاصرة لن يكون لها تبعية لمصدرها بل ستندمج في روح القانون ومواده ومفهومه وتخضع لأحكامه . فمن المقطوع به ان كل نص تشريعي أو مادة قانونية ينبغي أن تعيش في البيئة التي تطبق فيها والبلد الذي تنفذ فيه مهما كان مصدرها .

مراحل مشروع القانون :

لا بد لي من سرد لمحة تاريخية اشرح فيها المراحل التي مرت على مشروع القانون المدني الموجود حالياً في مجلس الأعيان .

قدمت الحكومة مشروع القانون بكتابها رقم ١٣٠٨ تاريخ ١٩٥٤/٢/٤ الى مجلس النواب وبتاريخ ١٩٥٤/١٢/١٠ أقره المجلس وبتاريخ ١٩٥٥/١/٢٥ رفع الى مجلس الأعيان وبتاريخ ١٩٥٧/١٢/٩ رده مجلس الأعيان الى مجلس النواب بأسباب موضحة في المحاضر وتوصية هذا نصها : وضع مشروع قانون مدني يقتبس من المجلة ومن كنز شريعتنا ويضاف اليه من الأحكام ما يتطلبه تعامل عصرنا ويعدل ما يحتاج التعديل على أن تسبك مواده بلغة عربية بليغة لا ركاكة فيها ولا تعقيد » وبتاريخ ١٩٥٧/١٢/١٧ أعاد مجلس النواب النظر في المشروع المعاد فايد مجلس الأعيان وقرر رفض المشروع وأخطر رئيس مجلس النواب رئيس مجلس الأعيان بهذا القرار بكتابه رقم ٦٢٣ تاريخ ٥٧/١٢/١٨ ، وبعد مرور ست سنوات وبدلا من وضع مشروع قانون وفقا لقرار المجلسين الأعيان والنواب طلبت الحكومة من رئيس مجلس النواب اعادة النظر في مشروع القانون فاستعرضه مجلس النواب وأقره بتاريخ ١٩٦٤/٣/١٠ ورفع الى مجلس الأعيان وأحيل الى اللجنة القانونية في مجلس الأعيان لدراسته واعطاء القرار اللازم بشانه فاوصت الأكثرية بالموافقة عليه وعارض القرار أحد اعضائها بمخالفة ضمنها توصية المجلس الكريم برفض مشروع القانون المدني المعروض وطالب بوضع مشروع قانون مدني ماخوذ من الفقه الاسلامي ومستمد من أحكام الشريعة الاسلامية الغراء لا أن يكون ماخوذاًمن تشاريع أجنبية كالقانون الفرنسي أو الايطالي وغيرهما .

وأمام مجلس الأعيان دارت مناقشات قانونية حامية وحوار فقهي حول المشروع فريق يناصره وآخر يعارضه مستندا في معارضته الى أقوال واضعه المرحوم الدكتور عبد الرزاق السنهوري باشا الذي يصف بوضوح مثالب القانون المصري لأنه ماخوذ عن القانون والفقه الفرنسي . فقد جاء قوله في كتابي الوسيط ونظريه العقد ما يلي : انني جعلت الفقه والقضاء الفرنسيين وهما من بين سائر النظم القانونية والاجنبية التي رجعت اليها لم أفعل ذلك دراية للقضاء للفرنسي فهو القضاء الذي نزلنا ضيوفا في ساحته الواسعة ولكن آن للضيف أن يعود الى بيته » ويقول رحمه الله « علينا أن نمصر الفقه فنجعله فقها مصريا خالصا نرى فيه طابع قوميتنا وأثر عقليتنا ففقهنا حتى اليوم لا يزال يحتله الأجنبي والاحتلال هنا فرنسي وهو احتلال ليس باخف وطاة ولا باقل عنتا من أي احتلال آخر » . ويقول رحمه الله « لا يزال الفقه المصري يتلمس في الفقه الفرنسي الهادي والمرشد لا يكاد يتزحزح عن افقه ، أو ينحرف عن مسراه ، فهو ظله اللاصق وتابعه الامين فاذا قدر لنا أن نستقل بفقهنا وأن نفرغه في جو مصري ، يشب فيه على قدم مصرية وينمو بمقومات ذاتية بقي علينا أن نخطو الخطوة الأخيرة فنخرج من الدائرة القوميه الى العالمية» . وقد جاء في الصفحة ١٣ من الجزء الاول من مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ما نصه : « يمكن القول ان تقنيننا المدني فيه نقص ثم فيه فضول وهو غامض حيث يجب البيان مقتضب حيث تجب الافاضة ثم هو يسترسل في التافه من الأمر فيعني به عناية لا تتفق مع أهميته المحدودة ، يقلد التقنين الفرنسي تقليدا أعمى فينقل كثيرا من عيوبه وهو بعد متناقض في نواح مختلفة ، ويضم الى هذا التناقض أخطاء معيبة » . انني لم استشهد بما سبق الا أن ما ذكرته قد ورد عن المرحوم الدكتور عبد الرزاق السنهوري باشا واضع القانون المدني المصري وهي انتقاداته له وماخذه عليه لبعده عن الفقه والشريعة الاسلاميه .

أفبعد ما ذكر : يحق لنا أن نترك مصادرنا الفقهية الاسلامية ومراجعنا القانونية وناخذ بمجموع مشروع القانون المدني المرجود في مجلس الأعيان وهو المنقول نقلا والمترجم ترجمة عن القانون=

=الفرنسي ؟ . وبعد هذه الاستشهادات والايضاحات والمبررات اعتقدانكم تشاركوننا الرأى بمناصرة الرأي القائل بايجاد البديل الذي يحل محلـه وذلك بوضـع مشروع قانون مـدني مستمد من تراثنا وعقيدتنا وفقهنا وشريعتنا .

رسالة جلالة الملك :

وهكذا فقد بقي الحوار والجدل والمناقشة والمعارضة للمشروع ، حتى جاءت رسالة جلالة الملك المبلغة لدولة رئيس مجلس الأعيان من سيادة رئيس مجلس الوزراء ونصها :

دولة رئيس مجلس الأعيان :

تلقيت بيد الاجلال من صاحب الجلالة الهاشميةمولاي الملك المعظم رسالة ملكية سامية في موضوع مشروع القانون المدني المعروض على مجلسكم الكريم هذا نصها :

تعلمون سيادتكم مدى اهتمام الرأي العام بمشروع القانون المدني المعروض على مجلس الأمة لما لهذا القانون من صلة ومساس بمجتمعنا وعقيدته وتنظيم أمور حياته ومعاملاته ولما كان عـدد كبير من رجال العلم والفقه والفكر والقانون قد توجهوا الينا ملتمسين أن تظل مملكتنا الاردنية الهاشمية معمسكة بقانون مدني منبثق عن شريعتنا الاسلامية . واننا لما لهذا القانون من أهمية وخطورة ، نرغب في أن يصار الى تاليف لجنة تضم كبـار العلماء والفقهاء ورجال القانون لدراسـة مشروع القانون المدني واعادة النظر فيه حتى يظل هذا القانون عند تطبيقه والتوسـع في فهمه والاجتهاد في معانيه ومراميه نابعاً في أصوله ومصادره من حياتنا وحاجاتنا وأخـلاقنا وتقاليدنا مؤملين أن تولوا سيادتكم هـذا الأ ر ما يستحقه من العناية وأن تتخذوا من الخطوات ما يكفل تحقيق الغاية .

ولذلك وصدعا بالامر الملكي السامي وبما أنه ليس في العرف الدستوري ما يحول دون استئناس مجلس الأمة برأي الخبراء من أهل الاختصاص في أي شـان من شئون التشريع المعروضة عليه سواء كانوا من الرسميين أو غير الرسميين ـ حسبما بينت في كتـابي السابق رقم م/١٢/١٧٣٦٩ تاريخ ١٩٦٣/١٢/٢٢ الموجه حينه لمعالي القائم باعمال قاضـي القضاة والمرسلة نسخ عنه الى دولتكم والى معالي رئيس مجلس النواب وسماحـة رئيس الهيئة العلمية الاسلامية وفضيلة رئيس محـكمة الاستئناف الشرعية أرجو أن تعملوا دولتكم على تأليف لجنة تضم كبار العلماء والفقهاء ورجال القانون للاشتراك بالتعاون مع اللجنة القانونية لمجلسكم الكريم بدراسة مشروع القانونالمذكور واعادة النظر فيه على ضوء التوجيهات التي تضمنتها الرسالة الملكية السامية قبل عرضة على المجلس والتكريم بإعلامي بالاجراءات التي يقرر مجلسكم اتخاذها في هذا السبيل . واقبلوا الاحترام ،،

رئيس الوزراء
حسين بن ناصر

=

تأليف لجنة القانون :

= وعلى ضوء ذلك تألفت لجنة بتاريخ ١٩٦٥/٧/٢٨ مؤلفة من أصحاب السماحة عبد الحميد السائح وعبد العزيز الخياط ومحمد الشنقيطي وابراهيم زيد الكيلاني للاجتماع مع اللجنة القانونية لمجلس الأعيان وبعد عدة لقاءات كان التباين في وجهات النظر كبيرا فلم تتوصل الى نتيجة فأعلمت دولة رئيس المجلس باختلاف وجهة النظر فيا بينها . ولما كانت الرسالة الملكية واضحة المباني ترسم صورة التشريع الواجب اعداده ووضعه ليحل محل مجلة الأحكام العدلية والقوانين الاردنية النافذة والمتفرعة عنها . وحيث أن المملكة الاردنية الهاشمية بمسيس الحاجة لقانون مدني يؤمن مصالح الناس وينظم معاملاتهم في حاضرهم ومستقبلهم ، ويستمد تقنينه من مجموعة المذاهب والقواعد الفقهية المقررة ومن الرصيد الكبير والثروة التشريعية والقانونية العربية من فقه ومن شروح وقرارات محاكم وقضاء . فانه بتاريخ ٢/٢١/ ١٩٦ قرر مجلس الأعيان دعوة المرحوم الدكتور السنهوري والاستاذ أحمد مصطفى الزرقا للاشتراك بوضع مشروع قانون مدني ولكن الدعوة لم تلب . ووقعت حرب حزيران عام ١٩٦٧ ومرت بعد ذلك بضع سنين حتى ١٩٧١/٦/٣ حيث تشكلت اللجنة الحالية والتي اتشرف برئاستها . وسارت بخطوط ايجابية في عملها وفق الأصل الذي انتهجته وخطة العمل التي اتبعتها حتى أدت الأمانة وحققت ما جاء في الرسالة الساميه . ان المبادىء والأحكام التي صيغت بها مواد مشروع القانون المدني بنيت على قواعد عاشت معنا وعشنا في أجوائها أعواما طويلة وتركت لقضائنا وعلمائنا ورجال القانون في أمتنا معينا غزيراً ، وكنزا ثمينا من الأسس المتطورة مع الزمان ، ومن حق بلدنا وأمتنا علينا أن لا نأتي بالغريب عن بيئتنا ، فمن أرضنا العربية انتشرت الحضارات والعلوم ، ونحن أخيرا نشكر الباري عز وجل الذي أعاننا على مهمتنا في انجاز هذا المشروع الكبير كما نشكر جلالة الملك المعظم على توجيهاته السامية ورعايته لنا وتشجيعه ايانا منذ بدء عملنا حتى نهايته . ولا يسعنا الا أن نشكر أيضاً دولة رئيس الوزراء السيد زيد الرفاعي والحكومات السابقة المتعاقبة لدعمهم هذا المشروع الجليل . أهـ.

وفي المذكره التي قدمتها لمجلس الوزراء يوم الأحد تاريخ ٢٤ جمادى الأولى سنة ١٣٩٦هـ موافق ٢٣ مايو ١٩٧٦م والتي أقر المجلس فيها العمل بالقانون المدني هذا ابتداء من ١٩٧٧/١/١ وضحت فيها بعض ميزات هذا القانون بشكل عام وهي كما يلي :

نبذة عن مشروع القانون المدني

وكيفية اتمامه والمصادر التي اعتمد عليها

بتكليف من جلالة الملك المعظم في كتابه الموجه الى سيادة رئيس الوزراء ، والذي كلف بدوره رئيس مجلس الأعيان بتشكيل لجنة تضم كبار العلماء والفقهاء ورجال القانون، بتاريخ ٨ /١٩٦٤/٤ مهمتها وضع مشروع قانون مدني حديث مستمد من الشريعة الاسلامية ، ومستفيد من القوانين الموضوعة والتجارب القانونية ويتصف بالاعتدال ، ويجمع الاستقرار الفقهي والقانوني والقضائي ،=

=ويواكب التطور الاقتصادي والاجتماعي،وبذلك يربط بين الماضي المتمثل في التراث الفقهي الاسلامي الثر الذي ساد العالم الاسلامي قروناً طويلة ، والذي يعد بحق أرقى وأشمل مادة تشريعية توصلت اليه البشرية ، وبين الحاضر الذي حاول وضع الحلول للمشاكل المستجدة . وقد قامت اللجنة بالاستعانة بعدد من الخبراء الشرعيين والقانونيين ووضعت مشروع القانون والمذكرات الايضاحية له ، معتمدة على الأسس التالية :ـ

١ ـ مجلة الأحكام العدلية ومصادر الفقه الاسلاميين .

٢ ـ التشريعات الاردنية المعمول بها .

٣ ـ مشروع القانون المدني .

٤ ـ جميع التشريعات المعاصرة والمستمدة من الفقه الاسلامي .

وقد تولى الخبير السوري الاستاذ عبدالقادر الاسود تقنين العقود ، وأنجز الدكتور محمد زكي عبدالبر الخبير المصري الباب التمهيدي، ومصادر الالتزام، والأستاذ محمد مصطفى المنفلوطي الخبير المصري اثبات الالتزام والحقوق العينية والاستاذ علي الخفيف الأجل والشرط والالتزام غير القابل للانقسام والدين المشترك. ثم عهد الى الأستاذ المنفلوطي الخبير المصري بمراجعة وتنسيق جميع ما قننه الخبراء، وقد استغرق ذلك كله حوالي ثلاث سنوات ثم قامت اللجنة الفرعية المؤلفة من عدد من العلماء والقانونيين بمراجعة مواد مشروع القانون والمذكرات التوضيحية مادة مادة ومناقشتها ، مستعينة بمصادر الفقه الاسلامي والقوانين المدنية المصرية والسورية والعراقية ، ومحاضر جلسات مجلس الشيوخ المصري المتعلقة بمناقشة القانون المدني المصري وكتاب الوسيط للدكتور عبد الرزاق السنهوري والتقرير الذي أمد اللجنة به الأستاذ عبدالوهاب الأزرق الخبير السوري ، ولم تغفل اللجنة بعض الأحكام الواردة في المشروع الأول والتي لا تتعارض مع الفقه بصفة عامة ولا مع روح التشريع الاسلامي بصفة خاصة ، كما راعت جميع مذاهب العلماء وأقوالهم لتصل الى ما يتفق وحاجة المعاملات المتطورة في ظل ما استقر من عادات وأعراف ، وقد اقتضتها المراجعة حذف بعض المواد والموضوعات مثل موضوع الرهن ، واضافة موضوعات أخرى مثل القواعد والمبادىء العامة ، وادخال كثير من التعديلات ، ولما أتمت اللجنة مراجعتها للمواد ، حولت الى اللجنة العامة التي أعادت النظر في ملحوظات اللجنة الفرعية واستعرضت مواد القانون مادة مادة وناقشتها جميعها برئاسة دولة رئيس مجلس الأعيان السيد بهجت التلهوني . ثم بعد ذلك قامت اللجنة الفرعية أو على الأصح بعض أعضائها باعادة ترتيب المواد وترتيب المذكرة الايضاحية على ضوء ذلك .

والقانون المدني يشتمل على تقنين مواد الموضوعات في (١٤٤٩) مادة في الأبواب والموضوعات التالية :ـ

١) الباب التمهيدي : الأحكام العامة المتعلقة بالقانون وتطبيقه الزماني والمكاني ، وبيان أحكام عامة. =

= والشخص الطبيعي والحكمي والأشياء والأموال والحق واثباته وأقسامه .

٢) الكتاب الأول : الباب الأول : الحقوق الشخصية ، ويشمل مصادر الحقوق الشخصية وشروط العقد وأهلية التعاقد والمحل والسبب وأنواع العقود ، والخيارات وآثار العقد والتصرف الانفرادي،والفعل الضار وما يتعلق به من اتلاف للنفس والأموال . وكذلك المسئولية عن فعل الغير وصورها كجناية الحيوان وانهيار البناء والأشياء والآلات ، والفعل النافع وما يتعلق به من كسب بلا سبب ، وقبض غير المستحق والفضالة وقضاء دين الغير .

الباب الثاني : يشمل آثار الحق في الوفاء والتنفيذ والوسائل المشروعة لحماية الدعاوى والحجز على المدين وحق الاحتباس وغيرها ، ويشمل التصرفات المشروطة بالتعليق والأجل ، وتعدد المحل وطرفي التصرف وانقضاء الحق .

٣) الكتاب الثاني : الباب الأول : عقود التمليك وهي البيع وجميع الالتزامات المتعلقة به والبيوع المختلفة ، والهبة والشركة والقرض والصلح .

الباب الثاني : عقود المنفعة وهو الاجارة ومنها المزارعة والمغارسة والمساقاة وايجار الوقف ، والاعارة .

الباب الثالث : عقود العمل : عقد المقاولة ، عقد العمل ، عقد الوكالة، عقد الحراسة ، عقد الايداع .

الباب الرابع : عقود الغرر : الرهان والمقامرة ، والمرتب مدى الحياة، وعقد التأمين .

الباب الخامس : عقود التوثيقات الشخصية : عقد الكفالة بالنفس وبالدرك ، عقد الحوالة .

٤) الكتاب الثالث : الباب الأول : حق الملكية ، ويشمل حق الملكية بوجه عام ، قيودها ومدى الحق وانقضاؤها وملكية الاسرة ، وملكية الطبقات والشقق واتحاد ملاك الطبقات والشقق . وأسباب الكسب بالاحراز والضمان والميراث والوصية .

الباب الثاني : الحقوق المتفرعة عن حق الملكية مثل حق التصرف والانتفاع وحق الاستعمال وحق السكن وحق المساطحة ، والوقف والحقوق المجرده (مثل حق الحائط المشترك والطريق والمرور والشرب والمجرى والمسيل) .

٥) الكتاب الرابع : التأمينات العينية .

الباب الاول : الرهن التأميني وآثاره ، الباب الثاني . الرهن الحيازي وآثاره وانقضاؤه .

= الباب الثالث : التوثيق العيني بنص القانون (حقوق الامتياز) وأنواعها
ثم الاحكام الختامية .

ميزات المشروع :

١ ـ حقق ما هدفت اليه الرسالة الملكية من جعله نابعاً في اصوله ومصادره من حياتنا وحاجتنا وأخلاقنا وتقاليدنا .

٢ ـ استفاد من جميع التشريعات (الشرعية والمدنية) القديمة والمعاصرة ، ومنها مجلة الأحكام العدلية ، والفقه الإسلامي بجميع مذاهبه ومشروع القانون الاردني والتشريعات العربية ، وغيرها .

٣ ـ وصل بين الماضي والحاضر ، وهذه مهمة القانون الذي يهدف الى حفظ المجتمع ، وتثبيت دعائمه لإيجاد الحياة المستقرة التي يسودها العدل والنظام .

٤ ـ اعتمد التشريع الإسلامي مصدراً أساسياً ، وأعاد القانوني الى الرجوع لأحكام الفقه الإسلامي ومبادىء الشريعة الإسلامية ، وطلب الرجوع في فهم النص وتفسيره ، ودلالته الى قواعد أصول الفقه الإسلامي ، وبهذا امتاز على سائر التشريعات والقوانين العربية ، وجعل القانون أصيلا منسجماً مع ما أقرته مجامع الفقه الدولية من اعتبار الشريعة الإسلامية أكبر وأعظم مصدر للقانون ، وسد نقصاً موجوداً في التقنينات العربية الحالية .

٥ ـ أبرز القانون نظريات حفلت بها كتب الفقه ، ولم تتخلف في جدتها وروعتها عما تبنته بعض القوانين الغربية ، وبهذا يساهم القانون في دعم الفقه المقارن كمصدر أساسي يسهم في فلسفة الفقه الحديث .

٦ ـ إلتزم القانون النزعة المادية الموضوعية وهي التي تراعي الإرادة الظاهرة في العقد وتضع له المقاييس المادية التى تهتم بالعرف الجاري وهي اتجاه الشريعة الإسلامية ، إلا أنه لم يغفل النزعة الشخصية اعتماداً على القاعدة الشرعية ، العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني ، والامور بمقاصدها .

٧ ـ نأى المشروع عن النظريات والأحكام التي تعرضت للخلاف ، وعالج نظريته العامة على أساس الحق العام بضروبه المختلفة مع تقنين مصادره في إطار ما سارت عليه القوانين الحديثة ، وغير متعارض مع أحكام الفقه الإسلامي . ولهذا اعتمد نظرية الحق العام ، وفصل في قواعده الأساسية وأقسامه .

٨ ـ أبرز المشروع نظرية الضرورة مستنداً الى أحكام الضرر في الفقه الحنفي ، كما طبق منها الأحكام الخاصة بالأهلية وأخصها مسئولية فاقد التمييز .
=

=٩ـ أخذ المشروع بأحدث النظريات القانونية بالنسبة للعقود وأخضعها للفقه الإسلامي وأحكامه مراعياً في ذلك المصلحة ، وتجنب الاصطلاحات الغريبة الدخيلة التي لها بديل أصلح في الفقه الإسلامي ، مثل تغير العقود القابلة للابطال والشرط الفاسخ والشرط الواقف (يراجع المذكرة الإيضاحية صفحة ٤٦٨ - ٤٧٠ ، وأبرز نظرية العقد فيه الفقه الإسلامي وتناول العقود التي جدت بحكم تطور المعاملات كعقد المقاولة والعمل والتأمين .

١٠ ـ ميز المشروع بين حكم العقد وحقوق العقد عملا بأحكام الفقه الإسلامي .

١١ ـ أبرز المشروع من الأحكام ما له طابع خاص في الفقه الإسلامي كأحكام إيجار الوقف والأراضي الزراعة ، وهلاك الزرع وبيع المريض مرض الموت والخيارات ، وتبعة الهلاك ، والأحكام الخاصة بملكية الأسرة وملكية الطبقات والحقوق المجردة .

١٢ ـ أطلق المشروع سلطة القاضي في البحث والتقدير ليتمكن من مواجهة الظروف والتغييرات التي تعرض في كثير من القضايا حتي لا يوصم القانون بالجمود .

١٣ ـ راعى المشروع الأسس الاجتماعية والاقتصادية المتطورة في حدود اتجاهات الدولة وفي نطاق المبادىء الإسلامية .

١٤ ـ استهدف المشروع المصلحة العامة في التعامل حيث لا نص انسجاماً مع القاعدة الشرعية التي قال بها شيخ الإسلام ابن تيمية « حيثما تحققت المصلحة فثم شرع الله » .

١٥ ـ وقف المشروع موقفاً عدلا ، فلم ينجز الى جانب اتجاه اجتماعي خاص أو رأي ينحاز الى مذهب معين (تعصباً) ، بل وفق الى حد بعيد بين حقوق الفرد والجماعة وجعل العدالة والخير مذهبه الأسمى .

١٦ ـ أخذ المشروع بالفعل الضار بحكم الفقه الإسلامي مخالفاً ما سلكه التقنين المصري الذي أخذ عنه القانون السوري والعراقي،واتفق حكم الفقه الإسلامي مع التشريع الألماني وقانون الإلتزامات السويسري والبولوني من حيث عدم ربط المسئولية بالتمييز واقامتها على الضرر لا على الخطأ (المواد ٢٥٧ ـ ٢٧٢ والمذكرة الإيضاحية) .

١٧ ـ سلك المشروع مسلك التفريق بين المال الذي يجب بسبب الجناية ، وهي الدية والأرش ، أو حكومة العدل وبين التعويض عن الضرر ، ففي الحالة الأولى إنما يستحق الدية عن النفس أو ما دونها المجني عليه أو ورثته الشرعيون ، عملا بحكم الشريعة الإسلامية ، وفي الحالة الثانية يستحق المتضررون على قدر تضررهم عملا بالمصالح المرسلة وهي من مصادر الشريعة وبذلك عالج المشروع حالة كان يشعر القضاء الأردني بقصور التشاريع القائمة عن معالجتها .

١٨ ـ لا بد من الإشارة الى مخالفة القوانين المصرية والسورية واللبنانية في الاتجاه الى إلغاء الوقف الذري نظراً للوضع الخاص في القدس وفي مدن الضفة الغربية وما يمكن أن يسلكه العدو من إجراء في تلك الحالة (صفحة ٨٣٢ المذكرات الإيضاحية) .

ويفهم من هذا أن العرف في القانـون المدني الأردني جعل له دوران مهمان : أولها أنه يرجع إليه في المسائل التي لا يجد القاضي فيها نصا في القانون المدني المستمد من الشريعة الإسلامية، أو في الاجتهادات الفقهية المبثوثة في كتب الفقه، وثانيها الرجوع إليه بمقتضى الشريعة الإسـلامية وقد تقرر ذلك في القواعد الشرعية المعتبرة مثل « العرف كالنص » ، ومثل « استعمال الناس حجة » ، ومثل « المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً » ، ومثل « العادة محكمة » ، وذلك استنادا الى أحاديث النبي ﷺ من مثل قوله « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن » (١) وقوله ﷺ لهند امرأة أبي سفيان « خذي من مال زوجك ما يكفيك وولدك بالمعروف » (٢) ولا يعني هذا النقص في التشريع الاسلامي بل هو من كماله في اعتبار العرف ، والنقص انما يكون في القانون المستمد ، ولذلك وضع المقنن احتياطات في ذلك المسائل المستجدة أو المشكلات التي غابت عن المقنن بالرجوع إلى أحكام الشريعة الاسلامية أو الرجوع إلى العرف ، وبهذا الاعتبار يظهر الدور الثاني للعرف في كونه مرجعا مساعداً في التشريع ، اعتمادا على ما ذهب إليه بعض الفقهاء ، وقد اتفق الأصوليون

=١٩ ـ في المادة (١٤٤٨) ألغي المشروع العمل بما يتعارض من أحكام هذا القانون من المجلة وذلك لأن المحاكم الشرعية ستلتزم بالعمل به كالمحاكم النظامية والقانون لم يتعرض لتفاصيل أحكام البينات (المنصوص عليها في قانون البينات الأردني رقم (٣٠) لسنة ١٩٥٢) والمحاكم الشرعية تعمل بأحكام البينات المنصوص عليها في الكتاب الخامس عشر من المجلة (يراجع المذكرات الإيضاحية صفحة (٩٢٨) .

٢٠ ـ هذا المشروع رائد في بابه لأنه اعتمد أهم مصدر للقانون وهو الشريعة الإسلامية ولم يغفل الأخذ بالتطورات والتجارب القانونية في الأردن والدول الأخرى ، وسيظهر ذلك عند الدراسة العميقة والممارسة والتطبيق .

وبذلك يعتبر إنجاز هذا القانون المدني أعظم إنجاز قانوني في البلاد العربية والإسلامية منذ زوال الاحتلال الأجنبي ، ويعتبر اقراره من مجلس الوزراء الموقر أعظم حدث قانوني وخطوة جريئة لم تقدم عليها حكومة عربية أو اسلامية حديثة .

عبد العزيز الخياط

وزير الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية ، وعضو اللجنة

(١) رواه أحمد بن حنبل في مسنده في كتاب السنة موقوفا على عبد الله بن مسعود .
(٢) رواه البخاري .

على أن العرف يخصص النص العام لأن الشارع انما يخاطب الناس بما تعارفوه من الاطلاقات ، وهذا في العرف القولي أما العملي فان الجمهور يرى أن العرف يخصص النص العام وخالف في ذلك أبو حنيفة كما سيأتى تفصيله ، والمختار رأي الجمهور ، وكل ذلك في الحالات التي لا نص فيها في القانون أو في أحكام الشريعة كتفسير نية المتعاقدين وكحقوق الارتفاق حسبما جرى به العرف .

ونحب أن نوضح أن العرف ليس له القدرة على إلغاء نص قانوني سواء أكان عرفاً ايجابياً أوسلبياً(١)وليس للحجج التي يوردها أنصار مخالفي هذاالرأي مقنع لأنها قائمة على أساس أن العرف أصدق تعبيراً من القانون عما في ضمير المجتمع وأن المصلحة تقتضي الاستجابة للناس في اعتبار العرف وعدم التضييق عليهم، وذلك لأنهم أغفلوا منشأ العرف وأنه في المجتمعات السليمة انما ينشأ عن أصل مباح من قانون أو تعاليم سماوية أو تجربة صادقة ، وأن هناك مقياساً لا يضل في وزن العرف ونقده ، وتمييز صحيحه من فاسده وطيبه من خبيثه ، ولذا يجب أن لا يخالف العرف التشريع ، ولا سيما إذا كان تشريعاً سماوياً ذا قواعد ثابتة وخطوط عريضة سليمة ، ومع ذلك فهناك من القانونيين – وهم كثر – من يذهب إلى أن العرف لا يستطيع إلغاء نص قانوني ، ولا سيما القواعد الآمرة التي تتعلق بنظام المجتمع العام ومصالحه العليا ، وحتى العرف التجاري ليس له القدرة على مخالفة أو إلغاء نص آمر تجاريا كان أم مدنياً ، وان كان بعضهم يجيز أن يستبعد تطبيقها لكنه لا يجوز له أن يلغيها (٢)،وما دامت القوانين الحديثة قد جعلت العرف مصدرا فرعياً للقانون فهي قد غلبت التشريع على العرف واعتبرت عدول القاضي عن نص مكمل أو مفسر الى قاعدة عرفية رهينا بترخيص يتضمنه نص يجيز الرجوع للعرف ، وفي حالة وجود مثل هذا النص الذي يجيز للقاضي الرجوع عند النزاع إلى أحكام الاتفاق أو العرف فيجب عليه أن يحكم بمقتضاها .

---

(١) العرف الايجابي هو ما قام على رضا الجماعة والضرورات الاجتماعية ولو خالف التشريع ، والعرف السلبي هو العرف الملغي بمقتضى عرف آخر .

(٢) انظر المدخل للعلوم القانونية للدكتور سليمان مرقص / ٣٢٧ وشرح الباب التمهيدي للقانون المدني المصري للدكتور كامل مرسي / ٦٣ .

على أن العرف أكثر ما يلجأ إليه في الأمور التجارية والزراعية وهي التي لها مساس مباشر بالأعمـال اليومية ، وهي أكثر تعرضاً للتغيير والتبديل نتيجة التأثر بالتطورات التي تحدث في المجتمع ، لا سـيا التطورات الصناعية الهائلة والمخترعات الحديثة التي تؤثر تأثيرا كبيراً في علاقات الناس بعضهم ببعض .

وفي هذه الرسـالة الموجزة التي كتبتها عن نظرية العرف استوفيت القواعد العامة ، والأسس المتكاملة لنظرية العرف ، ولم أخُضْ في عرض التفاصيل الفرعية لكثرتها ، على الرغم من تقصيها في كتب الفقـه وفي معاملات الناس ، وهـو أمر ميسور إلا أن ذكرها يخرج هذا البحث عن القصد الأول منه ، وهو إعطـاء فكرة شاملة واضحة المعالم عن هذه النظرية في الوقت الذي اعتبره الفقهاء مصدراً تبعياًمن مصادر الأحكام ، بينما يشغل في شتى أبواب الفقه جانباً كبير الأهمية ، وتدور كثير من أحكام الشريعة عليه .

وقـد تناولت الحديث عن نظرية العرف ، مبتدئاً بأهمية العرف وتعريفه ، والفرق بينه وبين العادة وماضياً في شرح حكم الفقهاء فيه ، ودليل اعتباره ، وأقسام العرف ، من عام وخاص ، أو تعارضه مع اجتهاد مجتهد ، وما معنى تغير الأحكام بتغير الأزمان ، ومتعرضـاً للقوانـين العرفية وإلى أي مدى يمكن الأخذ بهـا في أحكام القضاء .

وقد اعتمدت في كتابة هذه الرسالة على أمرين :

١ ــ المصادر والمراجع الفقهية والقانونية .

٢ ــ تقصي عادات الناس وأعرافهم في معـاملاتهم وتتبعها عند التجار والزراع والحرفيين والتعرف على ما سـار عليه الناس في قضاياهم العرفيـة وشئون حياتهم ، ولا سيا ما تعمد إليه الغرف التجارية وفئات الناس من اعتمادالعرف في حل القضايا والمشكلات .

ولا أدعي الكمال فيما كتبت فالكمال لله وحده، ولا أزعم لنفسي انني استوفيت البحث فالانسان يبذل جهده والتوفيق من الله ، ويقدم انتاجه ، والحكم عليه أو له ، انما هو لغيره ، وحسبي أنني حاولت مرضاة الله فيما كتبت وهو حسبي وكفى ، والله المستعان والحمد لله رب العالمين .

الدكتور عبد العزيز الخياط
الأستاذ المساعد بالجامعة الأردنية
وزير الأوقاف والشئون و لمقدسات الإسلامية
سابقاً ١٩٧٣ - ١٩٧٦
عميد كلية الشريعة سابقاً ١٩٦٤ - ١٩٧٣

٢٥ محـــــــرم ١٣٩٧هـ
١٥ كانون الثاني ١٩٧٧م



العـرف

العرف لغة من عرف يعرف بمعنى الألف والعلم ،والعرف كل عالٍ ، وعرف الديك والفرس والدابة وغيرها : منبت الريش والشعر من العنق . والعرف والعارفة والمعروف ضد المنكر ، وهو كل مـا تعرفه النفس من الخيروتأنس إليه وتطمئن . والعرف والمعروف الجود ، وقد يـكون من الإعتراف ، والأعراف : الأعـالي قال تعـالى : « وعلى الأعراف رجالٌ » أي أعـالي السور بين الجنة والنـار ، وقوله تعالى : « والمرسلات عُرْفاً » من معانيها المرسلات بالمعروف والاحسان ، كما يقول الألوسي (١) .

ويقصد بالعرف ، ما تعارف عليه فئة من الناس أو كلهم والفـوه في البلاد كلها أو في جزء منها ، كالذي تعارف عليه الناس في المكاييل والموازيـن في اعتبار المتر أو الياردة وحدة المكيال ، وفي الاتفاق على اعتبارالكيلو غرام وحدة للموازين العالمية ، وما تعارفت عليه الدول من اسـتقبال رؤسائها عند زيارتهـم لبلد أجنبي باستعراض وحدات تمثل جميـع قطاعات الجيش ، أو من إطلاق احدى وعشرين طلقة من المدفع ، وهـذا عرف عام في كل البـلاد وعند جميع الناس ، وكالذي تعارف عليه الناس من أن الغرامـات التي تجعل على الأراضـي الموقوفة المؤجرة يدفعها المستأجر لزهادة أجرة الأرض الموقوفة ، وهذا عرف خاص لا يشمل جميع الناس ولا جميع البلاد (٢) ومثل ذلك ما تعارفه الناس اليوم في البلاد الرأسمالية من التعامل بالربا في البنوك ، وما تعارفه الهندوكيون البراهمة من حرق الموتى ، ومـا تعارفه النصارى من دفن الأموات في ثيابهم .(٣)

---

(١) انظر تاج العروس ١٩٣/٦ ، ولسان العرب ١٤٤/١١ وتفسير الألوسي
(٢) الرأي في الفقه الاسلامي للدكتور محمد مختار القاضي /٢٧ :
(٣) والاعراف الثلاثة الاخيرة مما لا تتفق مع احكام الشريعة الاسلامية .

والعرف أصبح نظرية تشتمل على عدة قواعد تتعلق به ، فهو نظرية كنظرية العقد ونظرية الملكية ونظرية البطلان والفساد ونظرية الضمان ، ونظرية الاجتهاد ، ونظرية التقليد وغيرها يؤلف نظاماً قانونياً يشتمل على عدة قواعد تهدف الى تحقيق غرض معين مشترك ، ويتميز بالتحام قواعده ، واستمرار تطبيقه . وبهذا يتضح أن قواعد العرف هي من ضمن النظرية ، فالقواعد ضوابط وأصول فقهية يرجع اليها عند استنباط الأحكام الفرعية ضمن النظرية الكلية .

والنظرية قد تندرج تحت الحكم الكلي ، وهو (أي الحكم الكلي) النوع العام من الأحكام الذي تندرج فيه عدة جزئيات مثل الإيجاب والقبول ، والتحريم والصحة والبطلان ، فالايجاب مثلا حكم كلي يندرج فيه ايجاب الوفاء بالعقود ، وايجاب الشهود في الزواج، وايجاب كل واجب ، والتحريم حكم كلي يندرج تحته تحريم الزنا والسرقة والكذب ، وتحريم كل محرم . فنظرية الصحة والبطلان مثلا تندرج تحت الكلي ، فتكون حكما كلياً ونظرية ، وقد لا يصل الحكم الكلي إلى أن يصبح نظرية شاملة مثل حكم المندوب .

وقد يرقى الدليل الكلي ــ وهو النوع العام من الأدلة الذي تندرج فية عدة جزئيات صغيرة ــ مثل الأمر والنهي والعام والمطلق والاجماع في القياس ــ فيصبح نظرية عامة أساسية مثل نظرية القياس سواء أكان قياساً منصوصاً على علته أو ذا علة مستنبطة ، كنظرية الإجماع سواء أكان صريحاً أو سكوتيا ، أو قولياً او فعلياً (١) ونظرية الخيارات التي تتفرع جزئياتها الى خيارات عدة .

والعرف لا يشمل الأحكام الشرعية في حد ذاتها ، وانما يشمل الأوضاع التي تعارف عليها الناس مما لا يتعارض مع دليل شرعي .

منشأ العرف :

وينشأ العرف من إرتياح الانسان الى فعل من الأفعال التي تميل اليها النفس

---

(١) أصول الفقه للأستاذ عبد الوهاب خلاف ٩ ــ ١٠ ، المدخل الفقهي للأستاذ مصطفى الزرقا ١ / ٢٣٥ .

ثم يتكرر فعله فيصبح عادة ، فاذا انتشرت هذه العادة (١) أو العادات بين الناس ، وقلد بعضهم بعضاً فيها أصبح عرفاً ، وبذا نرى أن العادة غير العرف ، وربما ذهب بعض الناس إلى أن العادة والعرف بمعنى واحد وأنهما سواء .

تعريف العرف :

عرف الإمام الجرجاني العرف بقوله « العرف ما استقرت عليه النفوس بشهادة العقول ، وتلقته الطباع بالقبول » (٢) .

وعرفه الإمام الغزالي وغيره بأنه « ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول » (٣) .

وعرفه الأستاذ علي حيدر في شرح مجلة الأحكام العدلية بأنه « الأمر الذي يتقرر في النفوس ويكون مقبولاً عند ذوي الطباع السليمة بتكراره المرة بعد المرة » (٤) .

وعرفه الأستاذ مصطفى الزرقا تعريفاً مختصراً قصد به الشمول بقوله « عادة جمهور قوم في قول أو فعل » (٥) .

وفي هذه التعاريف نقص ، إذ أن الجرجاني والغزالي ردا العرف الى قبول الطباع بعامة أو الطباع السليمة ، واعتمدا على شهادة العقول ، وفي إطلاق قبول الطبائع لأمر ما ليصبح أمرا متعارفا عليه نظر ، اذ ليس ما قبلته الطبائع يعد عرفا ، وفي تحديد « السليمة » نظر أيضا ، إذ أنه يحتاج إلى جهة تميز بين السليم منها وغير السليم ، والحسن والقبيح ، ولا جهة تعين ذلك إلا الشرع ، أو العقل عند من يقول

---

(١) العادة لغة الديدن وهو الدأب والاستمرار .
(٢) سلم الوصول الى علم الأصول ٢١٧ .
(٣) المستصفى للغزالي ١٣٨/٢ ، المسائل المفيدة للشيخ أحمد بن منقور التميمي النجدي ١٣٥/١
(٤) شرح المجلة لعلي حيدر ٤٠/١ منشورات مكتبة النهضة ببيروت وبغداد .
(٥) المدخل الفقهي ٨٢٨/٢

بتحسين ما يحسنه ، وتقبيح ما يقبحه ، والعقل يتفاوت عند الناس ، ومدى الأدراك يتأثر بحسب الأزمنة والأمكنة فتختلف الأعراف عندئذ ، فلم يبق إلا تحديد الشرع ، وإذا جعلنا الشرع محدداً فيكون التعريف مقتصراً على العرف الصحيح ، ولا يشمل الأعراف الفاسدة ، لأن الشرع قبحها ولا تقبلها الطباع والعقول السليمة ، اللهم إلا إذا أراد الإمامان بتعريفهما شمول جميع الأعراف صحيحة أو فاسدة ، متفق عليها عند جميع الناس أو عند فئة من الناس ، لكن اذا صح هذا عند الجرجاني من تعريفه ، فانه لا يصح عند الغزالي ، وينسحب هذا على تعريف الشيخ علي حيدر شارح المجلة ، ولذلك حاول الأستاذ الزرقا – جرياً على نهجه التعليمي – أن يتخلص من ذلك فعرف العرف بأنه « عادة جمهور قوم في فعل أو قول » وهو ما لجأ إليه الشيخ عبد الوهاب خلاف حين عرف العرف بأنه « ما تعارفه الناس وساروا عليه من قول أو فعل أو ترك » (١) ، وقد أشارا إلى أنواع من العرف وهي القولي والفعلي ، فادخلا الاقسام في التعريف ، وأغفلا أقساماً أخرى ، وأدخل الخلاف عبارة التعريف في المعرف فزاده ابهاماً لا توضيحا . وأقرب التعاريف أن نقول « إن العرف ما اعتاده الناس وساروا عليه في شئون حياتهم » .

دليل العرف :

استدل بعض العلماء على اعتبار العرف دليلاً فرعياً بقوله تعالى : « خذ العفو وأمر بالعرف » أي بالمعروف المستحسن من الأفعال (٢) ، قال الإمام المراغي في تفسير هذه الآية « والمعروف والعرف واحد والمعروف ما تعرفه اذا رأيته ولا تنكره ثم نقل الى الجميل من الأفعال ، وإلى ما تأنس إليه النفوس وترتاح وتطمئن وإلى ما تعارفه الناس من الخير» (٣) .

وقال الشيخ أبو سنة بعد أن ذكر رأي القرافي في الفروق(٤) ولرأي علاء الدين

---

(١) علم أصول الفقه للأستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف /٩٩ .

(٢) تفسير روح المعاني للالوسي ١٨٨/٣ .

(٣) الدرس الثاني للامام الشيخ محمد مصطفى المراغي شيخ الازهر السابق ، نشر في مجلة الأزهر الجزء الثاني المجلد الرابع عشر سنه ١٣٦٢هـ سنة ١٩٤٣م .

(٤) الفروق ١٤٩/٣ .

الطرابلسي في معين الحكام (١) في الاستشهاد بهذه الآية على اعتبار العرف دليلاً « وهذا الاستدلال مبني على أن المراد بالعرف في الآية الكريمة عادات الناس ، وما جرى تعاملهم به ، فحيث أمر الله نبيه ﷺ بالأمر دلّ ذلك على اعتباره في الشرع وإلا لما كان للأمر به فائدة » (٢) .

وبعض الناس لم ير في الآية وجه استدلال على اعتبار العرف ، وفسر العرف بأن المراد به كل ما هو من الدين ، سواء عرف حسنه بالعقل أو لم يعرف الامن الشرع (٣) ، وروى البخاري عن عبد الله بن الزبير في قوله تعالى « خذ العفو وأمر بالعرف » قال « ما أنزل الله هذه الآية إلا في أخلاق الناس » (٤) والى عدم وجه الاستدلال بها ذهب صاحب كتاب العرف والعادة في رأي الفقهاء الشيخ أحمد فهمي أبو سنة .

واستدلوا بما رواه أحمد بن حنبل في مسنده في كتاب السنة موقوفا على عبد الله بن مسعود من قوله ﷺ ، ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن » قال في الأشباه « القاعدة السادسه » « العادة محكمة » وأصلها قوله ﷺ « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن » (٥) ولا يراد بالمسلمين المجتهدين فان ذلك لا دليل عليه يعتدُّ به ، ولا يراد أهل الحل والعقد فقط كما ذهب إليه الآمدي (٦)وانما يراد جميع المسلمين وعامتهم لأن اللام للإستغراق ، فالإستدلال بها استدلال صحيح قال الإمام السرخسي « وهذا الأصل معروف ، أن ما تعارفه الناس وليس في

---

(١) معين الحكام لعلاء الدين الطرابسي ١٤٩/٣ .

(٢) العرف والعادة في رأي الفقهاء للشيخ أحمد فهمي أبو سنة ص ٢٣ مطبعة الازهر عام ١٩٤٧ .

(٣) الفروق للقرافي ١٤٩/٣ .

(٤) المصدر السابق .

(٥) الاشباه والنظائر للسيوطي /٨٩ طبعة البابي الحلبي بمصر ، وقد قال العلائي عن هذا الحديث « لم أجده مرفوعاً في كتب الحديث أصلا ولا بسند ضعيف بعد طول البحث وكثرة الكشف والسؤال وانما هو موقوف على ابن مسعود ، لكن ابن حنبل حسنه ، وكذا أخرجه البزاز والطيالسي والطبراني وأبو نعيم في ترجمة ابن مسعود من الحلية » (انظر تمييز الطيب من الخبيث فيما يدور على ألسنة الناس من الحديث) صفحة ١٤١ .

(٦) الاحكام للآمدي ١٣٨/٢ .

عينه نص يبطله فهو جائز » وبهـذا الطريق جوزنا الإستصناع فيما فيه تعامل لقوله ﷺ « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن » (١) .

الفرق بين العرف والعادة :

ذهب بعض العلماء الى أن العـــادة والعرف بمعنى واحد ، وذهب غيرهم الى التفريق بينهما ، فالعادة عند من يفرق بينها وبين العرف « مـــا كرر الانسان فعله فيما يختص بنفسه » والعرف « ما كرر الناس فعله وألفوه على مر الأجيال » ولهذا نجـــد بعض علماء الأصول يعرف العادة بأنها «الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية» أي من قبيل الطبع والمعاودة في التعاطي ، ولذلك قيل العـادة طبيعة ثانية ، بينما المتكرر من علاقـــة عقلية يصبح من قبيل التلازم كتكرار حدوث الأثر كلما حدث المؤثر (٢) . وقد تكون العلاقة العقلية من قبيل التعليل وهو أن ينشأ عن الشيء شيء آخر من غير أن يكون له فيه إرادة واختيار ، بلا توقف على وجود شرط وانتفاء مانع كحركة الأصبع والخاتم فان الحركة الأولى علة لحركة الثانية بمعنى أنها مؤثرة فيه تأثير العلة في المعلول (٣) .

وقـــد أخذ القانونيون بهذا التفريق واعتبروا العرف مشتملاً على ركنين : أحدهما العادة التي نشأت من اعتياد الناس من سلوك معين لتنظيم علاقة ما ، وثانيهما توافر عنصر الإلزام في تلك العادة اخذاً من التلازم (٤) .

فالعادة إذن تطلق على مـــا اعتاده الفرد من الناس في شئونه الخاصة كالنوم والأكل والتدخين وشرب القهوة ، وطريقة الحديث ، وموعد شرب الشاي . أما إذا صارت العادة عامة للناس والجماعات ، واســـتقرت عندهم ، وأصبحت كأنها أمر متفق عليه فتصبح حينئذ عرفا ، سواء أكانت حسنة أو قبيحة .

---

(١) المبسوط ٢ /٤٥ .

(٢) التقرير والتحبير لابن أمير الحاج ، شرح التحبير لابن الهمام ٧٦٩/٢ ، وانظر المدخل الفقهي للزرقا ٨٢٦/٢ .

(٣) شرح السنوسية للبيجوري ٣٠ .

(٤) المدخل لدراسة القانون والشريعة للدكتور عبد الباقي البكري ٣٨٢/١ .

وتطلق العادة على كل حالة متكررة مع اختلاف منشأها سواء أكانت ناشئة عن سبب طبيعي كسرعة البلوغ في البـلاد الحارة ، وبطئها في البلاد الباردة ، أو كانت ناشئة عن الأهواء والشهوات أو فساد الأخلاق كالتقاعس عن فعل الخيرات أو البخل أو انتشار الرشـوة ، أو الكذب أو الاحتيال ، أو كانت بسبب حادث خاص كفشو اللحن أو انتشار الرشوة ، أو الكذب أو الاحتيال ، أو كانت بسبب أمر حاكم أو رغبة سـلطان مثل الاحتفـال بالمولد النبوي الذي أمر به الخليفة الفاطمي ، ومثل حساب الاجارات على حسب التقويم الشمسي في البلاد العربيـة والإسلامية ، وقد كانت تحسب بحسب التقويم الهجري ، ومثل الاحتفال بما يسمى « عيد الأم » أو « عيد العمال » (١) .

والعرف في نظر المفرقين بينه وبين العادة ، ما استقر عليه الجماعة من الناس بعد التكرار والاعتياد مرات ومرات ، ومن هنـا يظهر ان العرف قد ينشأ عن عادة افراد فيتحول الى عادة جماعة متكررة تصبح عرفا عاما او خاصا ، يقول ابن عابدين « ان العادة مأخوذة من المعاودة فهي بتكرارها ومعاودتها مرة بعد اخرى صارت معروفة مستقرة في النفوس والعقول متلقاة بالقبول من غير علاقة ولا قرينة حتى صارت حقيقة عرفية ، فالعادة والعرف بمعنى واحد من حيث الماصدق وان اختلف من حيث المفهوم (٢) » وقد ينشأ العرف عن غير العادة .

ويرى بعض العلماء ان العادة اعم من العرف على اعتبار انهـا جنس اعم يندرج تحته انواع منها العرف ، لانها تشمل العادة الناشئة عن عامـل طبيعي ، والعادة الفردية ، وعادات الجمهور التي هي العرف ، فبين العرف والعـادة عموم وخصوص مطلق لعموم العادة وخصوص العرف ، فكل عرف عادة ، وليست كل عادة عرفا (٣) .

---

(١) يرجع الى كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم ١٢٨/١ والمدخل الفقهي للزرقا ٨٢٧/٢ هذا وأن الاسلام قد شرع للمسلمين عيدين فقط : هما عيـد الفطر وعيد الاضحى ، وشرع فيهما العبادة ، ولا عيد في الاسلام لا مقروناً بالعبادة .

(٢) انظر رسالة نشر العرف في بناء بعض الاحكام على العرف لابن عابدين ١١٤/٢ .

(٣) رسالة نشر العرف ١١٤/٢ .

والى هذا التفريق ذهب الشاطبي ابو اسحاق ابراهيم بن موسى الغرناطي ، اذ يفرق بين العادة والعرف وهو يطلق عليهما كلمة « العوائد » ولكنه يفرق بين قسمين منهما : العوائد العامة وهي التي تسمي « العادة » ، العوائد المتغيرة وهي التي تسمى « العرف » فيقول :

«العوائد ايضا ضربان بالنسبة الى وقوعها في الوجود، احدهما : العوائد العامة التي لا تختلف بحسب الاعصار والامصار والاحوال كالاكل والشرب ، والفرح والحزن ، واليقظة والميل الى الملائم ، والنفور عن المنافر ، والثاني : العوائد التى تختلف باختلاف الاعصار والامصار والأحوال كهيآت اللباس والمسكن ، واللين في الشدة والشدة فيه ، والبطء والسرعة في الامور ، والاناة والاستعجال وما كان نحو ذلـــك .

فاما الاول : فيقضى به على اهل الاعصار الخالية والقرون الماضية للقطع بان بان مجاري سنة الله تعالى في خلقه على هذا السبيل لا تختلف عموما كما تقدم فيكون ما جرى منها في الزمان الحاضر محكوما به على الزمان الماضي والمستقبل مطلقا ، كانت العادة وجودية او شرعية .

واما الثانى فلا يصح ان يقضى به على من تقدم البتة حتى يقوم دليل على الموافقة من خارج ، فاذ ذاك يكون قضاء على ما مضى بذلك الدليل لا بمجرى العـــادة ، وكذلك في المستقبل . ويستوى في ذلك ايضا الوجودية والشرعية .

وانما قلنا ذلك لان الضرب الاول راجع الى عادة كلية ابدية وضعت عليها الدنيا ، وانما قامت مصالحها في الخلق حسبمـــا بين ذلك الاستقراء ، وعلى وفاق ذلك جـــاءت الشريعة ايضا فذلك الحكم الكلي باق الى ان يرث الله الارض ومن عليها ، وهي العادة التي تقدم الدليل على انها معلومة ، واما الضرب الثاني فراجع الى عادة جزئية داخلة تحت العادة الكلية ، وهي التي يتعلق بها الظن لا العلم »(١) .

---

(١) الموافقات للشاطبي ٢ ـ ٢٢٠ طبعة صبيح بمصر .

وذهب قسم من العلماء الى أنهما بمعنى واحد كالغزالي والجرجاني والخلاف والقاضي وعلي حيدر والشيخ محمد خضر الحسين (١) قال الشيخ عبد الوهاب خلاف : » العرف ما تعارفه الناس وساروا عليه من قول او فعل او ترك ، ويسمى العادة (٢) « وقال الدكتور القاضي » العرف والعادة مترادفان » (٣) ، وقال علي حيدر « العرف بمعنى العادة » (٤) .

وانا اميل الى التفريق بين العرف والعادة من حيث ان العادة تطلق على ما اعتاده الفرد او بعض النـــاس في شئون خاصة ، فالفرد الذي يستيقظ في وقت معين مثلا ، او يشرب القهوة ، او يرتاد النادي في فترة مافانه يعتاد ذلك وتصبح له عادة ، والجماعة التي تحتفل بعيد معين ، او تقوم بالاحتفـــاء عند سقوط المطر او تقيم احتفالا خاصا قبل البدء بحراثة الارض فنعتبر عـــادة ، وقد تتحول العادة عند الجماعة الى عرف بالتكرار في بلد ما فيصبح عرفا خـــاصا ، وقد يعم بلادا أكبر او مجموعة الناس فيصبح عرفا عـــاما كما بينا ، ولا تتحول العادة إذا بقيت عند الفرد الى عرف عام مالم تنتقل منه الى الجماعة . والعادة ليس لها قوة الا لزام لانه لا يتوافر لها التقدير المعنوي بخلاف العرف (٥) .

والعادة نفسها لا تثبت من مرة أو مرات ، اذ قال بعضهم تثبت العادة بتكرر الفعل مرتين أو ثلاثا ، وذكر السبكي في شرح المنهاج أن من ثبتت له عـــادة محققة كمن اعتاده فيأخذ بالضد ، وظاهر هذا الاكتفاء بالمرة ونحوها ، وأن من الأمـــور ما لا يصبح عادة حتى بالتكرار أكثر من مرة ،وبعضها ما لا يثبت بالمرة أو المرات ،

---

(١) هم : الامام ابو حامد الغزالي المتوفي سنة ٥٠٥ ه ،وابو عبدالله يوسف بن محمد الجرجاني المتوفى سنة ٣٩٨ ه وعبد الوهاب خلاف من علمـــاء الازهر في مصر المتوفى سنة ١٩٥٦م والدكتو محمد مختار القاضي الاستاذ بجامعة الازهر .

(٢) اصول الفقه للشيخ عبد الوهاب خلاف ـ ٩٠ .

(٣) الرأى في الفقة الاسلامي ـ ٢٣٦ .

(٤) شرح المجلة ١ ـ ٤٠ طبع بيروت ونشر مكتبة النهضة ، كتاب الشريعة الاسلامية صالحة لكل زمان ومكان للشيخ محمد خضر الحسين نشر علي الرضا التونسي وطبع بيروت ص/ ٣٣ .

(٥) أصول القانون لحسن كيرة ٣٢٢ والوجيز في المدخل للقانون لشمس الدين الوكيل ١٨٠ .

وبعضها ما يثبت بثلاث مرات وبعضها مـــا يحتاج إلى تكرار يغلب على الظن أنه عادة ولا يكفي مرة واحـــدة قطعا فالجارحة في الصيد لا بد فيهـــا من التكرار ، وكالقائف لا خلاف في اشتراط التكرار فيه ، واختبار الصبي قبل البلوغ بالمماكسة حتى يغلب على الظن رشده . وقالوا لا تصبح العادة عرفاً إلا إذا اضطردت فـــاذا اضطربت فلا تعتبر وإذا اختلفت فيها الظنون فالأصح أنها لا تعتبر عرفا كما سيأتي(١).

حكم الفقهاء في العرف :

الفقهاء بالنسبة للعـــرف على آراء ثلاثة بحسب أنواع العـــرف ونستعرضها الوجه التالي :

(١) إجماع الفقهاء على الأخذ بالعرف الذي أشار إليه النص أو بني عليه ، كما ورد في حديث النبي ﷺ حين قال لامرأة أبي سفيان « خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف » (٢) فان الحافظ بن حجر يقول بأن الشافعية إنما منعوا العمل بالعرف إذا عارضه نص شرعي أو لم يرشد إليه نص شرعي ، فكأنهم اشترطوا في الأخذ بالعرف أن يرشد إليه نص شرعي أو لا يعارضه . والفقه المالكي والحنفي يأخذ بالعرف ويعتبره أصلا من الأصول الفقهية فيما لا يكون فيه نص قطعي ، والحنابلة يقولون كذلك بالأخذ بالعرف إذا لم يتعارض مع النصوص الشرعية (٣) . ويرى الشيعة الأخذ بالعرف، ولكنهم لا يعتبرونه أصلا بذاته في مقابل الأصول ، يقول السيد محمد تقي الدين الحكيم « أما ما يتصل بالمجال الأول (يقصد مـــا يستكشف منه حكم شرعي فيما لا نص فيه كالإستصناع وعقد الفضولي) فواضح رجوعه إلى السنة بالإقرار لأن المدار في حجتيه هو إقرار الشـارع له لبداهة أن العرف لا يكسبنا قطعا بجعل الحكم على وفقه، فلا بد من رجوعه إلى حجة قطعية، وليست هي إلا إقرار الشارع أو إمضاءه له ، والإمضاء إنما قام على أحـــكام عرفية خاصه لا على أصـــل

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ٩١ ــ ٩٢ .
(٢) رواه أحمد في مسنده ٦/٣٩ والبخاري في كتابي المظالم والنفقات ومسلم وأبو داود والنسائي .
(٣) انظر كتاب « مالك » للشيخ محمد أبو زهرة ٤٤٨ .

العرف ، فالشارع أمضى الإستصناع أو عقد الفضولي مثـلا ، وهما حكمان عرفيان،ولم يمض جميع ما لدى العرف من أحكام ، بل لم يمض أصل العرف كما يتوهم ليكون أصلا في مقابل السنة لعدم الدليل على هذه الموسعة » (١) .

(٢) يرى الحنفية والمالكية الأخذ بالعرف الذي لم يثبت نهي عنه ولا إرشاد اليه ، ولا ايماء بالعمل به بنص ، ويعتبرون العرف أصلا مستقلا يخصص العام منه النص العام ، ويقيد المطلق ، ويقدم على القياس (٢) .

(٣) رد العرف الفاسد الذي نص الشرع على تحريمه (٣) .

قال الأستاذ الشيخ ابراهيم الرياحي التونسي في أحد فتاويه « والعرف المعتبر هو ما يخصص العام ويقيد المطلق ، واما عرف يبطل الواجب ويبيح الحرام فـلا يقول به أحد من أهل الإسلام (٤) » .

هذا والمالكية والأحناف يهتمون بالعرف اهـتماما كبيرا ، لأنه في كثـير من الأحيان يتفق مع المصلحة،وهي عند المالكية أصل، ولأن العرف يأتلف مع النفوس، فإذا كانت الأحكام على مقتضاه تلقاه النـاس بالقبول ومخالفته تؤدي إلى الحرج والمشقة ، وقد رفعها الإسلام عن العباد ، قال تعالى « مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ » (٥) ، والتشريع يـكون متفقا مع الفطرة فاذا كان العرف صحيحا كان متفقاً مع الفطرة .

الفرق بين العرف والاجماع

وقد زعم بعضهم أن العرف إجماع لأنه اتفاق طائفة من الأمة أو جميعها على أمر، وليس به ،ذلك لأن العرف لايقوم دائماً على مصدر من مصادر الشريعة،وقد

---

(١) الأصول العامة للفقه المقارن للسيد محمد تقي الدين الحكيم ٤٢٣ .
(٢) انظر كتاب « مالك » للشيخ محمد أبو زهرة ٤٤٩ .
(٣) المصدر السابق .
(٤) الشريعة الاسلامية صالحة لكل زمان ومكان للشيخ محمد الخضر الحسين ٣٦ .
(٥) سورة الحج آية ٧٨ .

يكون صحيحا وقد يكون فاسدا ، وليس للعرف قوة الالزام دائما لاختلاف مصدر هذه القوة هل هي ارادة المشرع أو قضاء المحاكم أو اتفاق الناس ، ومصالحهم تتباين ، ونظراتهم تختلف ، وعقولهم تتفاوت ، فلا تستطيع الحكم على العلاقات حكماً متفقا عليه ما لم يكن الأصل أي المصدر متفقا عليه وثابتا ، ويكفي في العرف التزام طائفة من النـــاس به أو أكثريتهم ، ســواء أكانوا من عامـــة الناس أو من خاصتهم .

بينما الاجماع لا ينعقد الا باتفاق الأمة أو مجتهديها أو أهل الحل والعقد منهم أو باتفاق الصحابة ، ولا يتحقق الاجماع إلا باتفاق الجميع سواء أكان إجماعا قولياً أو فعلياً أو سكوتياً ، وينبغي أن يكون مستندا إلى دليل شرعي لم يصل إلينا وانما وصل الينا الاجماع(١) بل إن العرف قد يرد الى دلالة الاجماع العملي كما يرد الى الادلة الشرعية الأخرى ، وقد قيل أن عرف المدينـــة راجع الى الاجماع العملي الذي وجدهم عليه الامام مالك(٢) .

أقسام العرف

ينقسم العرف إلى أقسام متعددة باعتبارات مختلفة ، فقد ينقسم العرف الى عام وخاص ، أو قولي وفعلي ، أو صحيح وفاســـد ، وقد تجتمع هذه الصفات في عرف واحد بأن يكون عـــاماً قولياً أو فعلياً أو صحيحاً أو فاســـدا ، وقد يكون خاصاً تجتمع فيه بقية الصفات ، وقد يكون قولياً عاماً أو خاصاً أو فاسداً أو صحيحاً ، فالاستصناع عرف اجتمعت فيه صفة العموم والصحة والفعل ، وتأجيل جزء من المهر عرف عام قولي صحيح ، وطرق الكؤوس في الشراب عرف عام فعلي فاسد ، واختلاط النساء بالرجال في الأعراس عرف خاص فعلي فاسد وهكذا .

---

(١) راجع نهاية السول في شرح منهاج الأصول المتن للقاضي ناصر الدين عبد الله بن عمر البيضاوي والشرح للشيخ جمال الدين عبد الرحيم بن الاسنوي ، وحاشية الشيخ محمد بخيت المطيعي ٨٥٦/٣ وما بعدها .

(٢) انظر العرف والعادة في رأي الفقهاء للشيخ أحمد فهمي أبو سنة ٤٢ .



العرف العام والخاص

ينقسم العرف بحسب شيوعه واختصاص الناس به (أي باعتبار من يصدر عنه) إلى قسمين : عام وخاص :

فالعام : هو ما يشترك فيه غالب الناس في جميع البلاد على اختلاف أزمانهم وبيئاتهم وثقافاتهم ومستوياتهم (١) ، وينتظم ذلك كثيراً من الظواهر الاجتماعية المنتشرة في العالم مثل بيع المعاطاة والاستصناع ، وتأجيل جانب من مهر النساء وتقسيم المهر إلى مؤجل ومعجل ، واعتبار الأدوات المتعلقة بعجلات السيارة تابعة لها في البيع مثل الرافعة والمفكات،ومثل تحميل الطائرة عشرين كيلوغراما لراكب الطائرة من الدرجة الأولى ، ومثل دعوة الضيف الى الطعام تكريماً له ، ومثل تقديم الاكرامية للخدم في الفنادق والمطاعم ، ومثل السماح بشرب الانسان والدابة من جداول المياه المملوكة ، ومثل استعمال كمية مجهولة من الماء بأجرة محددة ، ومثل إباحة تناول الثمار الساقطة من أشجار الشوارع العامة واستعمال لفظ الطلاق في إزالة الزوجية ، ومثل التعارف على أن وضع اليد المدة الطويلة دليل الملك .

والخاص : هو العرف الذي يختص ببلد أو فئة من الناس دون أخرى ، كأن يكون خاصاً بأهل بلدة معينة ، أو أهل مهنة خاصة ، وذلك مثل استعمال كثير من الألفاظ،وإعطائها معنىً خاصاً بأهل بلدة أو فئة من الناس كأصطلاحات أصحاب المطاعم أو التجار ، ومثل عرف التجار فيما يعد عيباً وما لا يعد ، ومثل عرف المحامين في تاجيل بعض الاجور أو تعليقها على نجاح الدعوى ، ومثل توصيل الراكب في السيارة من بلدة الى بلدة الى بيته الخاص أو أخذه منه ، ومثل انطباق اجرة عمل اليوم من طلوع الشمس الى غروبها أو اقتصارها على ساعات محددة ، ومثل تعارف التقسيط في البيوع ، ومثل اعتبار سنة التأجير من أول المحرم أي السنة الهجرية أو السنة الميلادية ، ومثل دفع اجرة المحل أو البيت إذا اتفق على تجديدها ولم يتفق على دفعها فينصرف الى المشاهرة عند بعض الناس وينصرف الى المسانهة

---

(١) الأصول العامة للفقة المقارن لمحمد تقي الدين الحكيم ٤٢٠ .

عند آخرين ، ومثل ألفاظ الوقف أو الوصايا أو الإيمـــان ، ومثل معنى الحرز في المال المسروق فانه يختلف باختلاف البلدان والناس وهكذا (١) .

ويرى الاستاذ أبو سنة أن يكون العرف الشرعي قسماً ثالثاً بهذا الاعتبار (٢) ونحن نرى أنه يدخل في كونه عرفاً خاصاً وإن كان التنويه به حسناً. الا أنه لايشكل قسماً ثالثاً ، والأوجب أن نعتبر العرف الخاص لدى النحويين أو أصحاب الحرف أقساماً وليس كذلك .

العرف العملي والقولي

ينقسم العرف بحسب استعمال الألفاظ المتعارف عليها في بعض المعـــاني ، أو بحسب الأعمال التي يقوم بها الناس (أي باعتبار سببـــه) الى قسمين عرف لفظي (قولي) أو عرف عملي .

فالعرف اللفظي :

ما شاع بين الناس في استعمال ألفاظ في معـــان خاصة تختلف عن مدلولاتها اللغوية أو تختلف في استعمالاتها ، وذلك في بعض البلدان دون أخرى ، وقد يكون الشيوع باتفاق على ارادة بعض المدلول كـــاطلاق الدرهم على النقد الغالب مع أنه يشمل في الأصل جميع الدراهم في كل وقت وبلد ، أو على إرادة غير المدلول مثل إطلاق لفظ المرأة (وهـو مطلق) على الحرة في قول من قـــال « وكلتك بتزويجي امرأة » ويتبع العرف في هذه الحالة ، وتكون عليه الفتوى في الأحكام ، فان العرف قرينة يتعين الحكم بها (٣) ، كإطلاق لفظة « الولد » على الذكر بينما تطلق في اللغة على الذكر والانثى ، وكاستعمال لفظـة « الدراهم » على جميع النقود الرائجـــة في البلد وتشمل الدنانير والقروش والفلوس وجميع الأنواع حتى الورق النقدي ، بينما هي في الأصل محدودة المعنى في المسكوك من الفضة ، وكإطلاق لفظة الواقف « المدارس

(١) ينظر كتاب الاصول العامة للحكيم ، ٤٢٠ والمدخل الفقهي العام للزرقا ٢ـ٨٣٥ .
(٢) انظر كتاب العرف والعادة في رأي الفقهاء للشيخ أحمد أبو سنة ، ١٩ .
(٣) الفواكه العديدة في المسائل المفيدة لأحمد بن محمد المنقور التميمي النجدي ، ١٨٠ .

الموقوفة على درس الحديث » ولا يعلم مراد الواقف منها هل تنصرف الى الحديث او اليه ومايتعلق به كعلم مصطلح الحديث (١) ، وكإطلاق لفظ اللحم على لحم الضأن والبقردون لحم السمك مع أن المعنى اللغوي يشمل جميع أنواع اللحم ، وكإطلاق لفظ البيت على « الغرفة » ، أو على « بيت الحجر » فلا يشمل خيمة الشعر في عرف أهل المدن .

وكثيراً ما يحمل العرف في تحديد الألفاظ ومعانيها على ألفاظ القرآن الكريم ، فمثلاً قوله تعالى « فتيمموا صعيداً طيباً » فقد اختلفوا في معنى الصعيد ، واختلافهم مبني على العرف اللغوي أو ما تعارفه الناس في معنى الصعيد ، فالأحناف يخصصونه بما كان من أجزاء الأرض كالتراب والرمل والجص والكحل ،ويرون أنه ما يصعد على وجه الأرض ، ويحملون معنى الطيب على الطاهر . والشافعي يخصصه بالتراب لا غير ، ويحمل معنى الطيب على المنبت . ويرى أبو يوسف تخصيص الصعيد بالرمل والتراب ، كما أنهم حددوا كل ما لا يلين ولا ينطبع بالنار فهو من جنس الأرض ، وكل ما يلين وينطبع بالنار أو يحترق فيصير رماداً ليس من جنس الأرض ، لأن من طبع الأرض أن لا تلين بالنار (٢) .

ويجدر بنا التفريق هنا بين المجازين اللغوي والعقلي وبين العرف فذانك استعمالان مجازيان لقرينة أو علاقة عقلية بين اللفظين الحقيقي والمجازي بينما الاستعمال العرفي تخصيص اللفظ لمسمى معين أصبح حقيقة مستفادة من اللفظ ولا علاقة له بالمجاز .

والعرف العملي :

ما اعتاده الناس من الأفعال العادية والمعاملات ، فالأفعال العادية كالأكل والشرب والحرث والزرع وغير ذلك ، والمعاملات مثل التصرفات التي تترتب عليها الحقوق بين الناس من العقود والتصرفات الفردية ،كالتعارف على أن يكون توصيل الأغراض للبيت على البائع وكتقسيط الأجور السنوية وكبيع التعاطي ، وتعيين

(١) انظر الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٢ والمدخل الفقهي جـ ٢ ، ص ٨٣٢ .
(٢) الأختيار شرح المختار للمودودي جـ ١ ، ص ٢٠ .

أوقات الراحة للعامل ، وكما إذا أخذ التاجر جزءاً من ربح تاجر آخر باع بضاعته بواسطته الى آخرين ، وكاخذ رب العمل من الصـانع أجراً في بعض الأحوال ، وأخذ الصانع من رب العمل أجراً . وغير ذلـك من الأمور المتعارفـة عملياً في المعاملات ، وربما كان العرف العملي متعلقاً بامور العبادات أو المتعلقة بها ، فمثلاً تحديد الماء الذي لا ينجس ، نص الفقهاء الأحناف على أن الماء إذا بلغ عشرة أذرع لا ينجس بوقوع النجاسة فيه ، لقوله عليه السلام « هو الطهور مـاؤه (١) » يقول صاحب الاختيار « واعتبرناه فوجدناه مالا يخلص بعضه الى بعض ، فنقول : كل مـا لا يخلص بعضه الى بعض لا ينجس بوقوع النجاسة فيـه وهذا يعني قولهم «لا يتحرك أحد طرفيه بتحرك الطرف الآخر » وامتحن المشايخ الخلوص بالمساحة فوجدوه عشراً في عشر (أي أذرع) فقدروه بذلك تيسيراً. وقال أبو مطيع البلخي « إذا كان خمسة عشر في خمسة عشر لا يخلص أمـا عشرين في عشرين لا أرى في نفسي شيئاً » ومثله إذا كان لا طول له ولا عرض له فالاصح أنه ان كـان بحال لو ضم طوله الى عرضه يعد عشراً في عشر فهو كثير . والمختار في العمق ما لا ينحسر أسفله بالعرف (٢) » ومثل ذلك الماء الجاري لا ينجس ما يعده الناس جارياً وهو الأصح ، ومبنى ذلك على العرف (٣) .

ومثلاً سؤر الفرس مكروه ، ومبنى الكراهة على كراهة أكل لحمـه عند أبي حنيفة لاحترامه لا لنجاسته ، ومبنى الاحترام قائم على العرف الذي يرى في الفرس أداة للحرب (٤) .

ومثلاً المسح على الخفين فانهم ألحقوا بهما الجرموقين لأنه تبع للخف، وكذلك الجوربين بناء على العرف العملي (٥) .

---

(١) جزء من حديث رواه الترمذي في سننه عن أبي هريرة ، وأبو داود والنسائي وغيرهم .
(٢) الاختيار شرح المختار للمودودي ١٤/١ .
(٣) الاختيار ١٥/١ .
(٤) الاختيار ١٩/١ .
(٥) الهداية شرح البداية للمرغيناني ١٧/١ والجرموق كعصفور ما يلبس فوق الخف .

العرف الصحيح والفاسد

ينقسم العرف من حيث اتفاقه مع الشريعة أو تعارضه معها الى صحيح وفاسد:

(١) **فالعرف الصحيح** : ما تعارفه الناس وليست فيه مخالفة لنص شرعي ولا تفويت لمصلحة ، ولا جلب مفسدة ، كتعارفهم في إطلاق لفظ على معنى عرفي غير معناه اللغوي ، وكتعارفهم على تقديم الهدايا من الخطيب لخطيبته ، وعدم اعتباره من المهر ، والأمثلة كثيرة في ألفاظ البيع والشراء والهبة واليمين والصلاة والزكاة والحج وعدة النساء والوفاة وغير ذلك .

(٢) **والعرف الفاسد**: ما خالف بعض أدلة الشرع أو بعض قواعده الأساسية كتعارفهم على بعض العقود الربوية ، وتعارف التجار على اعتبار الفوائد الربوية من الأرباح ، وتعارف بعض البلدان الإسلامية على إحضار الراقصة لتقوم بالرقص أمام الرجال في الأعراس ، وكتعارفهم على اختلاط النساء المتبرجات بالرجال عند عقد النكاح ، ومثل لبس خاتم الذهب للرجال للدلالة على أن لابسه متزوج ، ومثل تعارف بعض المطاعم على تقديم النساء العاريات أو شبه العاريات الطعام للزبائن ، فكل ذلك أعراف فاسدة لتعارضها مع الشرع (١) .

ولذلك نجد أن الشاطبي في الموافقات يقسم العرف بهذا الاعتبار شبه التقسيم الذي ذهبنا إليه فيطلق لفظ الشرعي على الصحيح أو الفاسد الذي نهى عنه الدليل الشرعي ، وغير الشرعي على ما لا يتناوله الدليل الشرعي ، يقول : العوائد المستمرة ضربان ، أحدهما : العوائد الشرعية التي أقرها الدليل الشرعي أو نفاها ، ومعنى ذلك أن يكون الشرع أمر بها إيجاباً أو ندباً أو نهى عنها كراهة أو تحريماً أو أذن فيها فعلاً أو تركاً . والضرب الثاني : هي العوائد الجارية بين الخلق بما ليس في نفيه ولا إثباته دليل شرعي (٢) .

---

(١) أنظر رسالة نشر العرف لابن عابدين ١١٦/٢ .

(٢) الموافقات لأبي اسحاق ابراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المشهور بالشاطبي ٢٠٩/٢ ، طبعة مكتبة صبيح بالقاهرة .

ويضرب أمثلة للأول بستر العورة وإزالة النجاسات وعدم الطواف بالبيت الحرام عرايا ، وإباحة بيع العرايا ، وجعل الدية في القتل الخطأ على العاقلة وهكذا.

ويرى في النوع الثاني أنها تنقسم الى ثابتة ومتبدلة ، فالثابتة كوجود شهوة الطعام والشراب والوقاع والكلام والبطش وأشباه ذلك (١) . وهي التي لا تختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة والاحوال (٢) . والمتبدلة ما يكون متبدلاً في العادة من حسنٍ الى قبح وبالعكس مثل كشف الرأس فانه يختلف بحسب البقاع في الواقع فهو لذوي المروءات قبيح في البلاد المشرقية وغير قبيح في البلاد المغربية . فالحكم الشرعي يختلف باختلاف ذلك ، فيكون عند أهل المشرق قادحاً في العدالة ، وعند أهل المغرب غير قادح . ويرى أن منها ما يختلف باختلاف الافعال في المعاملات مثل قبض الصداق قبل الدخول ، ومنها ما يختلف بحسب أمور خارجة عن المكلف كالبلوغ ، ومنها ما يكون في أمور خارقة للعادة وقد يكون من غير ذلك فالشرع أنفس تلك العادات وعليها تتنزل أحكامه (٣) .

وقد نفى الإسلام العادات والأعراف الفاسدة التي لا تتفق مع أحكام الشريعة كأعراف الجاهلية في الانكحة ، وأخذ الصداق من البنت ، والطلاق المفتوح عدداً ، اخرج البخاري ومسلم عن نافع عن ابن عمر قال : نهى رسول الله ﷺ عن الشغار ، والشغار ان يزوج الرجل ابنته على ان يزوجه ابنته وليس بينهما صداق » وأخرج الترمذي والحاكم وغيرهما عن عائشة قالت : كان الرجل في الجاهلية يطلق امرأته ما شاء أن يطلقها وهي امرأته إذا ارتجعها وهي في العدة وإن طلقها مائة مرة أو أكثر ، حتى قال رجل لامرأته « والله لا أطلقك فتبيني مني ولا آويك أبداً ! قالت : وكيف ذلك ؟ ! قال : أطلقك فكلما همت عدتك أن تنقضي راجعتك . فذهبت المرأة فاخبرت النبي ﷺ فسكت حتى نزل القرآن « الطلاق مرتان الى اخر الآية » ومثل تحديد عدة المتوفى عنها زوجها باربعة أشهر منعاً للعادة الفاسدة في الجاهلية فقد كانت إحداهن ترمي بالبعرة على رأس الحول وذلك بعد دخولها بيتاً صغيراً

---

(١) وقد ذهبنا الى أن هذه عادة وليست عرفاً .

(٢) انظر العرف والعادة في رأي الفقهاء لأبي سنة ، ص ٢١ .

(٣) الموافقات ٢/٢١٠ .

ولبسها شر ثيابها لا تمس طيباً ولا شيئاً حتى تمر سنة بها ثم تؤتى بدابة فتفتض به فقلما تفتض بشيء إلا مات ، ثم تخرج فترمي ببعرة ثم تراجع بعد ما شاءت من طيب أو غيره . وكعرف الطواف بالبيت عرياناً ، وتلطيخ الكعبة بدماء القرابين . وغير ذلك كثير من الأعراف الفاسدة التي منعها الشرع .

ومن ذلك الأعراف التي لم ياخذ بها المسلمون كالعادات الفاسدة في زواج المحارم والبراهمة في حرق الموتى وعدم أكل الحيوان شفقة عليه .

اعتبار العرف

العرف معتبر في كثير من الأحكام الشرعية العملية بين الناس ، لما له من تاثير واسع في استنباط الأحكام والاجتهاد فيها ، وذلك لأن كثيراً من أعمال الناس وألفاظهم ومعاملاتهم وشئون حياتهم تقوم على ما اعتادوه وتعارفوه ، فلا بد من النظر الى هذا المالوف المتعارف حين استخراج الحكم الشرعي للمسائل المتجددة ، أو المشكلات التي تنشأ بين الناس ، والقواعد الشرعية المعتمدة على النصوص لا تستوعب جميع التفصيلات والمسائل المتجددة ، وإنما تتخذ أساساً في نصها أو روحها للإجتهاد وبيان الأحكام ، والعرف يساعد في هذا الاجتهاد ، ويعين المجتهد على تفهم الواقعة وتطبيق الحكم الشرعي عليها ، سواء أكان ذلك في معاني الكلمات وعبارات الناس ، أو في معاملاتهم وعقودهم، حتى أصبح العرف الصحيح ذريعة الى تبدل الأحكام وتغيرها ، باختلاف أعراف الناس في بيئاتهم المختلفة ، وأماكنهم المتغايرة ، وهذا هو سبب تغير اجتهادات الإمام الشافعي في مسائل كثيرة توصل إليها حين كان في بلاد العراق ، فلما انتقل الى مصر ، ورأى تغير أعراف الناس وعاداتهم ، عدّل في اجتهاداته ، حتى صارت تعرف بالمذهب الجديد للإمام الشافعي ، وسميت اجتهاداته في العراق بالمذهب القديم . وجميع الأئمة يحترمون العرف الصحيح ويعتبرونه في الأحكام الشرعية، والإمام مالك وتبعه أتباعه المالكية يقيمون للعرف وزناً كبيراً ويعتبرونه أصلاً من الاصول الفقهية فيما لا يكون فيه نص قطعي ، ويتركون القياس إذا خالفه العرف،وقد ورد عن القرطبي في باب الاستحسان إن من ضروبه ترك القياس لأجل العرف ، وهو يخصص العام ويقيد المطلق عندهم

وقد ذكر أبو العباس القرافي العوائد من الأدلة على مشروعية التصرفات (١) كما ذكر الحنفية أن العرف من أقوى الحجج في مشروعية المضاربة (٢) وقد ذكر الشافعية في كثير من الأحكام تعليل مشروعيتها بجريان العادة وعرف الناس بها، مثل اعتبار الحبِّ من غالب قوت البلد ودخول الحمام من غير تعيين مدة المكث ومقدار الأجرة بجريان العادة بالتسامح في مثلها (٣). يقول الشيخ محمد أبو زهرة بعد أن ذكر نصوصاً كثيرة من المذهب المالكي « هذه وغيرها من نصوص المذهب المالكي شاهدة بأن العرف أصل من أصول الاستنباط قد انبنت عليه أحكام كثيرة، لأنه في كثير من الأحيان يتفق مع المصلحة، والمصلحة أصل ـ بلا نزاع ـ في ذلك المذهب، ولأن العرف يقتضي إلف النفوس لما يكون من أحكام تكون على مقتضاه ومخالفته تؤدي الى الحرج والمشقة وهما مرفوعان في حكم الإسلام لأن الله سبحانه وتعالى ما جعل من حرج على الناس في دينه، والله سبحانه يشرع ما يستسيغه الناس ويألفونه، لا ما يكرهونه ويقبضونه، ولأن العرف إذا لم يكن على رذيلة، وهو العرف المحترم، يكون احترامه مقوياً الوحدة الجامعة بين الناس، الرابطة بينهم، لأنه يكون متصلاً بتقاليدهم ومآثرهم الاجتماعية، ومخالفته هدم لهذه المآثر، وتلك التقاليد المحترمة وفك للوحدة (٤) ».

والشريعة الإسلامية راعت الأعراف في وقت التنزيل، ونزلت الأحكام مقرة لها، وإن كان الدليل على صحتها هو الشرع، فمن ذلك ما أخرجه أبو داود عن رسول الله ﷺ أنه قال للسائب بن أبي السائب « كنت شريكي فنعم الشريك كنت لا تداري ولا تماري » وذلك اقرار لشركة المضاربة. وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع ما ليس عند الإنسان، واستثنى السَّلم لأنه معاملة جارية في المدينة وفي تحريمه حرج لهم، أخراج البخاري عن ابن عباس قال: «قدم النبي ﷺ المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين فقال « من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن

---

(١) منقح الفصول للقرافي ص ١٩٨.

(٢) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي ج ٦، ص ٢٩، الطبعة الأميرية

(٣) انظر المحلى ج ٤، ص ٧١.

(٤) مالك، للشيخ محمد أبو زهرة ص ٤٥٤.

معلوم الى أجل معلوم » . وقد نهي ﷺ عن بيع المزابنة وهو بيع البلح على رؤوس النخيل بمقداره من التمر المجذوذ لكن لا على سبيل التحديد بل على سبيل التخمين، إذ لا يمكن إلا كذلك وسبب النهي ما فيه من احتمال ربا الفضل وشبهة الربا حرام كعين الربا . ولما كانت الحاجة قد تدعو الى شراء البلح على رؤوس النخل بالثمر لأكله فاكهة ، وكان ذلك عرفاً شائعاً بينهم ، وكان في نزعهم عنه حرج ، استثناه ﷺ من بيع المزابنة ، ورخص فيه فيما دون خمسة أوسق مع وجود شبهة الربا كما هو مذهب الشافعي والجمهور وهو المعروف ببيع العرايا ، أخرج البخاري بسنده قال : نهى رسول الله ﷺ عن بيع المزابنة : بيع الثمر بالثمر إلا أصحاب العرايا فانه قد أذن لهم (١).

وسلطان العرف كبير على الأحكام، يدخل جميع أبواب الفقه سواء أكان ذلك في العبادات أو المعاملات أو السير أو الأحوال الشخصية حتى في باب الحدود والعقوبات يقول الشيخ مصطفى الزرقا « ففي جريمة التعدي على الكرامة مثلاً بالشتم والإهانة ، إنما يعتبر من الكلام جرماً يستحق قائله العقوبة التعزيرية ما يكون في عرف الناس شتماً وعقوبة ، والعقوبة التعزيرية نفسها إنما تكون شرعاً بالقدر الذي يعتبر كافياً للقمع في نظر العقلاء وعرفهم بحسب درجة الجرم (٢) » .

والعلماء على اعتبار العرف ، والاعتراف بسلطانه وتأثيره في استنباط الأحكام سواء منه ما كان ذا أصل شرعي أي أقره الدليل الشرعي ، أو ما كان بين الخلق فيما ليس في نفيه أو إثباته دليل شرعي ، يقول الإمام الشاطبي « العوائد الجارية ضرورية الاعتبار شرعاً ، كانت شرعية في أصلها أو غير شرعية، أي سواء كانت مقررة بالدليل الشرعي أمراً أو نهياً أو إذناً أم لا ، أما المقررة بالدليل الشرعي فأمرها ظاهر ، وأما أمرها فلا يستقيم إقامة التكليف إلا بذلك ، فالعادة جرت بأن الزجر سبب الانكفاف عن المخالفة كقوله تعالى « وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ » فلو لم تعتبر العادة شرعاً لم يتحتم القصاص ولم يشرع، إذ كيف يكون

---

(١) انظر العرف والعادة في رأي الفقهاء للشيخ أحمد فهمي أبو سنة ، ٧٠ ـ ٧١ .
(٢) المدخل الفقهي للاستاذ الزرقا جـ ٢، ٨٣٨ .

شرعاً لغير فائدة وذلك مردود بقوله « وَلَكُمْ فِي القِصَاصِ حَيَاةٌ (١) » .
وكذلك البذر سبب لنبات الزرع ، والنكاح سبب للنسل ، والتجارة سبب لنماء المال عادة كقوله « وَابْتَغُوا ما كَتَبَ اللهُ لَكُمْ (٢) » « وابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللهِ (٣) » « لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُناحٌ أنْ تَبْتَغُوا فَضْلاً مِنْ رَبِّكُمْ (٤) » وما أشبه ذلك ، مما يدل على وقوع المسببات عن أسبابها دائماً ، فلو لم تكن المسببات مقصودة للشارع في مشروعية الأسباب لكان خلافاً للدليل القاطع فكان ما أدى إليه باطلاً » ثم يقول « ووجه ثالث وهو أنه لما قطعنا بأن الشارع جاء باعتبار المصالح لزم القطع بأنه لا بد من اعتباره العوائد ، لأنه إذا كان التشريع على وزان واحد دل على جريان المصالح على ذلك ، لان أصل التشريع سبب المصالح والتشريع دائم كما تقدم ، فالمصالح كذلك ، وهو معنى اعتباره للعادات في التشريع ووجه رابع وهو أن العوائد لو لم تعتبر لأدى الى تكليف ما لا يطاق ، وهو غير جائز أو غير واقع (٥) » ويقول الإمام المراغي أحد شيوخ الأزهر : « وعلى هذا فالعرف قسمان : قسم أمر الله به، وقسم تواضع عليه الناس أعني العقلاء منهم وأهل الفضل والأدب ، ورضيه جماعة المسلمين ، وهذا القسم أيضاً طلب الله المحافظة عليه ما لم يخالف نصاً . والعرف بالمعنى الثاني يختلف باختلاف العصور وباختلاف البلاد ، فقد تنكر أمة عرف أمة ، وقد ينكر عصر عرف عصر ، ومع هذا فان الله يطلب العمل بالعرف ، ويحترم عادات الناس . وللعرف فضل عظيم في الفقه الإسلامي وله من المقام ما لقاعدة دفع الحرج (٦) » ويقول الشيخ محمد خضر الحسين أحد شيوخ الأزهر « للعادات أثر كبير في شرح النظم والقوانين فلا غنى للمشرع عن مراعاتها قليلاً أو كثيراً، ولها قسط وافر من عناية واضعي القوانين

---

(١) البقرة آية ١٧٢ .
(٢) البقرة آية ١٨٧ .
(٣) الجمعة آية ١٠ .
(٤) الإسرا آية ١٢ .
(٥) الموافقات في أصول الأحكام لأبي اسحق ابراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المعروف بالشاطبي المتوفي سنة ٧٩٠ هـ ، ج ٢ ، ٢١١ - ٢١٢ .
(٦) مجلة الأزهر العدد الثاني ، المجلد الرابع عشر ، سنة ١٣٦٢ هـ - سنة ١٩٤٣ م .

في القديم والحديث ، فاساس القانون الروماني عادات كان تجري في مدينة رومة ، وأساس القانون الانجليزي عادات السكسون والنورمان الذي فتحوا بلاد انجلترة . وكذلك الشريعة الإسلامية لم تقطع النظر عن العرف وجعلت رعايته أصلاً من أصول العامة على شروط نذكرها» (١).

ويذهب الاستاذ أبو سنة الى أن العرف لا يعتبر دليلاً على الحقيقة وإنما هو دليل ظاهر فقط ، ومرد العرف الى الاجماع العملي ، ويذهب الى أن الأئمةردوه الى الإجماع العملي ، ويرى أن الإجماع في كل عهد موجود حتى في عصور التقليد ، ولذلك لا يكون العرف دليلاً على الحقيقة وإنما هو الإجماع ، وإذا لم يكن الإجماع موجوداً فدلالة الإجماع ، وهي قد استدل بها الفقهاء الحنفيون على أحكام كثيرة مثل العفو عن قدر الدرهممن النجاسة المغلظة وجواز بيع الثمار التي لم يبدُ صلاحها وقد يرد العرف الى قاعدة ثابتة بالتعليل أو المصلحة المرسلة ، أو الى أصل المنافع والمضار وغير ذلك (٢) .

ونحن لا نذهب الى ما ذهب إليهمن اعدم عتبار العرف دليلاً علىالحقيقة لأننا لانرىتحقق الاجماع الا في عصر الصحابة رضوان الله عليهم،ونستبعد وقوع الاجماع بعدهم ، ونرى أن العرف أصلاً غير معتبر إذا لم يكن موافقاً للقواعد الشرعية ويكون عرفاً فاسداً ، كما أن الاجتهاد لا يكون في مورد النص ، ولا اجتهاد مع النص المحكم ، والاجماع لا يعتبر إذا ناقض الكتاب أو ما صح من السنة ، فلا يكون العرف معتبراً إذا خالف نصاً صريحاً ، ولذا يكون العرف دليلاً يرجع إليه .

قواعد العرف :

ولما كان للعرف سلطانه وتأثيره في الأحكام الشرعية ، فقد قرر الفقهاء القواعد العامة المختلفة التي تعتمد العرف ، ونجد من القواعد العرفية الخاصة المبثوثة في ثنايا الأبحاث الفقهية الشيء الكثير ، فالقواعد العامة هي :

---

(١) الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان ص ٣٣ .

(٢) انظر كتاب العرف والعادة في رأي الفقهاء للشيخ أحمد فهمي أبو سنة ص ٣٢ ـ ٣٩ .

١ ـ العادة محكَّمَةٌ .

٢ ـ استعمال الناس حجة يجب العمل بها .

٣ ـ الممتنع عادة كالممتنع حقيقة .

٤ ـ لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان .

٥ ـ الحقيقة تترك بدلالة العادة .

٦ ـ العبرة للغالب الشائع لا للنادر .

٧ ـ المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً .

٨ ـ العرف بين التجار كالمشروط بينهم

٩ ـ التعيين بالعرف كالتعيين بالنص .

١٠ـ إنما تعتبر العادة اذا اضطردت أو غلبت (١) .

١١ـ الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي .

١٢ـ الثابت بالعرف كالثابت بالنص (٢) .

ومن القواعد الخاصة بكل مبحث من مباحث الفقه : الشركة تنعقد على عادة التجار ، المنافع تصلح لأن تجعل رأس مال الشركة استحساناً ، العمل المعتبر هو ما كان له قيمة كالحذق في الصنعة ، العمل تابع للمال ، الأصل في الشركة عموم التجارات ، القسمة تتضمن المبادلة والتمليك ، الربح يتبين عند اتحاد الجنس ، وهكذا في مئات من القواعد الخاصة المتعلقة بموضوع دون آخر أو بفرعية من فروع الفقه ، ولا يتنافى خصوصها مع كونها قاعدة ، لأنها يندرج تحتها مسائل في الموضوع الخاص كما أن القواعد العامة يندرج تحتها مسائل كثيرة في موضوعات مختلفة متعددة من موضوعات الفقه ، وسنعرض لهذه القواعد العامة بالشرح فيما بعد .

---

(١) أنظر المواد ٣٦ ـ ٤٥ من مجلة الأحكام العدلية .

(٢) المبسوط للسرخسي ، رسالة العرف لابن عابدين جـ ٢ ، ص ١١٥ .

متناول سلطان العرف :

وسلطان العرف يتناول جميع أنواعه وأقسامه اللفظي والعملي، والعام والخاص:

فسلطان العرف اللفظي يحمل الفقيه على أن يعتبره في الكلام ، وذلك بحمله على المعاني المستعملة ومدلولات الألفاظ المتداولة، سواء اتفقت مع المعنى الأصلي الحقيقي الذي وضعت الألفاظ له أم لم تتفق ، لأن المعنى العرفي الطارىء أصبح حقيقة عرفية ، تترك بوجودها الحقيقة اللغوية ، ومن ذلك كانت القاعدة العرفية العامة « الحقيقة تترك بدلالة العادة » والتي يتفرع منها الأحكام المبنية على العرف من مثل حمل الكلام على لغة المتلفظ وعرفه دون لغة العرب والشارع ، كما في البيع والإجارة والزواج وشروط الواقفين والطلاق واليمين وسائر التصرفات والعقود تجري على حسب ما يفيده اللفظ عرفا ، بحيث تكون الصيغ العرفية في الالتزامات عللاً للأحكام تسبب من الأثر بقدر ما يفهم أصل العرف (١) ، **فالحلف بالنبي والقرآن** وأمثالها ليس بيمين لعدم العرف في ذلك ، ولو أقره العرف يعمل به ، جاء في الاختيار « وما تعارف الناس الحلف به صار ملحقاً بالإسم والذات (أي الحلف بلفظ الجلالة « الله » أو « ذات الله ») فيكون يميناً وإلا فلا ، وعلم الله وسخطه ورضاه ورحمته الخ فعند البعض يكون يمينا (أي في عرفهم) وإلا فلا (أي في عرف الآخرين) » (٢) **والوصية بثمرة البستان** تجعل للموصي الثمرة الموجودة ، لأن الثمرة اسم للموجود عرفاً فلا ينتظم المعدوم إلا بدليل آخر ، ولو أوصى بالغلة فله الغلة الحاضرة والمستقبلة لأن المراد بها الموجود وما سيوجد بحسب العرف فيعمل به. ولو أوصى بصوف غنمه أو بأولادها أو بلبنها فله الموجود وما سيوجد بحسب العرف فيعمل به ، ولو أوصى بصوف غنمه أو بلبنها فله الموجود عند موته لأنه المنصرف إليه عرفاً ، حتى لو قال في الوصية « أوصي بصوف غنمي أبداً » باضافة أبدا ، لا ينصرف إلا للموجود عند الموت على ما عرف فيعتبر وجوده عند ذلك وهذا لأن القياس يأبى تمليك المعدوم لعدم قبوله ذلك ، بينما العرف يعتبر إضافة الموصي بكلمة

(١) العرف والعادة في رأي الفقهاء/٥٤ .

(٢) الاختيار شرح المختار للموددي ٧١/٤ .

« أبدا » في قوله « أوصي بثمرة بستاني أبدا » « قياسا على المساقاة والإجارة فيشمل الثمرة ما عاش والمدار في ذلك على عرف الناس (١) **والنذر يمين عرفا** ، والايمان مبنية على العرف فما تعارف الناس الحلف به يكون يمينا ومالا فلا،لأن قصدالحالف ونيته تنصرف إلى الحقيقة العرفية كما ينصرف عند عدم العرف الى الحقيقة اللغوية . **والواقف عاقد على لغته وعرفه ، وكذلك ألفاظ الطلاق والزواج** ، ولو قال « كل حلال علي حرام ، ينصرف إلى الطعام والشراب عرفاً ، إلا أن ينوي غيرهما ، وحكّم بعض العلماء العرف في أنه طلاق ، ويقع بغير نية لأنهم تعارفوه فصار كالصريح ، قال العلماء « وعليه الفتوى » (٢) ، يقول ابن عابدين « فهذه النقول وغيرها دالة على اعتبار العرف الخاص وان خالف المنصوص عليه في كتب المذهب ما لم يخالف النص الشرعي ،وفي فتوى العلامة ابن قاسم « التحقيق أن لفظ الواقف والموصي والحالف والناذر وكل عاقد يحمل على عادته في خطابه ولغته التى يتكلم بها وافقت لغة العرب أو لغة الشارع أولا » (٣) .

ومن الأمثلة التي توضح ذلك أيضاً ما إذا قال شخص لآخر « حملتك على هذه الدابة » ينصرف الى الهبة إذا كان العرف يعنيها أو نوى القائل ذلك ، أو قال له « كسوتك هذا الثوب » فإن العرف يعين أنه تمليك بالهبة لا إعارة ، ومثل وقف المنقول فإن بعض العلماء (كأبي يوسف ومحمد من أصحاب أبي حنيفة) جوزوه عرفاً ، قال محمد « يجوز وقف ما جرى فيه التعامل كالفأس أو القدوم والمنشار والمصاحف والكتب وغيرها بخلاف ما لا تعامل فيه كالثياب والأمتعة والفتوى عليه » (٤) ، والعرف يرى اليوم وقف الملابس والأمتعة كما إذا وقف داراً للضيافة بما فيها من ألبسة ومتاع . ومثل ما إذا باع داراً هل يدخل مبيت (كراج) السيارة معه أم لا ، فالعرف يدخله ، وقد كان الناس قديماً يبنون البيوت طوابق ويجعلون الوصول اليها بسلالم منفصلة ، فهل تدخل عند البيع في العقد أم لا ،العرف

---

(١) انظر الاختيار ١٠١/٥ .
(٢) انظر الاختيار ٧٦/٤ .
(٣) رسالة نشر العرف لابن عابدين ١٣٣/٢ وابن قاسم هو العلامة أبو عبدالله عبد الرحمن بن القاسم العتقي مولاهم من أئمة الفقه المالكي توفي سنة ١٩١ هـ :
(٤) الاختيار ٤٤/٢ .

القديم يدخلها تبعاً ، والعرف الجديد لا يدخلها لأن السلالم أصبحت حجرية أو رخامية أو مبنية بالاسمنت أو الحديد متصلة بالبيوت .

ومثل ما اذا باع حماما أو بستاناً أو وقفها هل تدخل التوابع أم لا ، كما إذا كان في البستان (موتوراً) لاستخراج الماء ، أو كان في الحمام آلات غلي الماء (البويلر) فهي تدخل في البستان أو الحمام بحسب عرف اليوم ؟ ، أما آلات الحراث فانه ينظر في عرف الناس فبعضهم يجعلها تبعاً للبستان وبعضهم لا ، وإذا كانت آلة الحراث سيارة تعمل بالبنزين أو السولار ، فان عرف اليوم لا يجعلها من التوابع فلا بد من النص عليها عند الوقف .

ولو وقف مالا على ذرية ، وشرط أن توزع بينهم على الفريضة الشرعية ، ينصرف إلى أن يعطى الذكر مثل حظ الأنثيين لانصراف معنى الفريضة الشرعية إلى ما قرره الشرع من الميراث .

ولو ضمن ما في البستان ، وهي عادة متبعة في بلادنا عند أهل البساتين والكروم ، فينصرف الى المعنى العرفي في بيع الثمار ، ومثل ذلك ايقاع الطلاق بألفاظ أو تعابير جديدة فشا استعمالها بين الناس كقولهم« علي الطلاق » مع أن لفظ الطلاق يقع على المرأة لا على الرجل (١) .

يقول الامام القرافي في ضرورة التقيد بالعرف اللفظي عند الحديث عن واجبات المفتي « ينبغي للمفتي إذا ورد عليه مستفت لا يعلم أنه من أهل المذهب الذي منه المفتي وموضع الفتيا بما عادته يفتي به حتى يسأله عن بلده ، وهل حدث لهم عرف في ذلك البلد في هذا اللفظ اللغوي أم لا ، وإن كان اللفظ عرفيا فهل عرف ذلك موافق لهذا البلد في عرفه أم لا وهذا أمر متعين واجب لا يختلف فيه العلماء ،وأن العادتين متى كانتا في بلدين ليستا سواء فان حكمهما ليسا سواء إذ اختلف العلماء في العرف واللغة هل يقدم العرف على اللغة أم لا ، والصحيح تقديمه لأنه ناسخ مقدم على المنسوخ إجماعاً فكذا ههنا » (٢) .

---

(١) انظر المدخل الفقهي للزرقا ٨٤١/٢ .

(٢) الأحكام في تمييز الفتاوي عن الأحكام وتصرفات القاضي والامام ٧٣ .

ولكن يجب أن يفرق بين العرف الخاص والعرف العام ، فالعرف الخاص لا يخصص به الأثر ، ولا يترك به القياس إذا عارض النص الشرعي بخلاف العرف العام فانه يصلح إذا كان عاما من عهد الصحابة ومن بعدهم ، بدليل ما قالوا في الاستصناع » (١) .

وسلطان العرف العملي كبير في أحكام الأفعال المعتادة والمعاملات المختلفة المتعلقة بحقوق الناس ، أو أحوالهم الشخصية أو القضاء أو الشهادات والعقوبات وغيرها ، ويعمل بالعرف ما لم يصادم نصا شرعيا من القرآن أو السنة واضح الدلالة قطعياً ، أو نصاً تشريعياً كالقياس ،ويعتبر ما ثبت بالعرف حينئذ ثابتاً بالنص اتباعا للقاعدة الشرعية « الثابت بالعرف كالثابت بالنص « أو » الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي ».

وإذا كان سلطان العرف يتناول كثيرا من النظم والقوانين ولا غنى للمشرع عن مراعاته ، فإن الشريعة الاسلامية لم تقطع النظر عن العرف وجعلت رعايته أصلا من أصولها العامة ،وأدارت كثيرا من أحكامها على قواعده (٢) ، ولو تتبعنا الأمثلة التي بنيت على العرف في الأمور العادية أو المعاملات المختلفة لعددنا الكثير منها : فلو حلف على لحم ينصرف إلى عرف البلد العملي في تعيين أي لحم هو ؟ لحم الضأن أو البقر أو الجمل أو جميعها . وهل يشمل لحم السمك أم لا ؟ مع أن الله سبحانه تعالى وصفه باللحم الطري إلا أن العرف في بلادنا مثلا لا ينصرف اليه إذا أطلق لفظ اللحم؛ ولو استأجر سيارة للتحميل ينصرف تعيين نوع الحمل وكميته إلى ما تعورف عليه إذا لم يكن محددا على السيارة نفسها ، تماما كما نص عليه الفقهاء في اعتبار العرف في تحميل الدابة بناء على ما تعارفه الناس ، ومثل ذلك في نفقة الزوجة تقدر بحسب حال الزوجين غنىً وفقراً ، واستئجار الدابة أو الحانوت في كيفية الاستعمال ونوعه اذا لم يذكر في عقد الاجارة ، وكذلك نوع الشهادة وأوصاف العدالة في الشاهد يرجع فيها للعرف وهكذا في جميع فروع الفقه في البيع والمساقاة والمزارعة والاجارة

---

(١) رسالة نشر العرف من رسائل ابن عابدين ١٢٤/٢ .

(٢) انظر كتاب الشريعة الاسلامية صالحة لكل زمان ومكان للشيخ محمد الخضر الحسيني ٣٣ نشر علي الرضا التونسي .

والرهن والاعارة والوديعة وغيرها ،وقد ذكر الفقهاء من سلطان العرف فيأحكام المعاملات شيئاً كثيرا حتى إن فهم النص والحكم المترتب عليه يختلف بحسبه كما في حديث النبي ﷺ « ولا تنكح البكر حتى تستأذن » قالوا « يا رسول الله وكيف إذنها ؟ قال « أن تسكت » وفي رواية عائشة قالت : يا رسول الله إن البكر تستحي قال « رضاها صماتها » (١) ، أي سكوتها ، فقد بني على العرف حين كانت الفتاة البكر تخجل من التصريح برضاها لفظاً دالا عليه نظراً لحيائها وخجلها ، وفي زماننا هذا ارتفع الخجل عن الفتيات في الافصاح عن رغبتهن من الزواج من فلان أو فلان أو رفضهن للخاطب ، فأصبح صماتها لا يعبر عن إذنها فلا بد من التصريح به . وكما نعلم عدل عن التلفظ بالايجاب والقبول في بيع التعاطي اكتفاء بدلالة الحال ، وعمل بالاستصناع ، وأخذ الشرع ببيع السلم ، لما للعرف من سلطان في الأحكام (٢) قال الإمام السيوطي « اعلم أن اعتبار العادة والعرف رجع إليه في الفقه في مسائل لا تعد كثرة ، فمن ذلك سن الحيض والبلوغ والانزال وأقل الحيض والنفاس والطهر وغالبها وأكثرها وضابط القلة والكثرة في الضبة (٣) ، او الأفعال المنافية للصلاة ، والنجاسات المعفو عن قليلها ، وطول الزمان وقصره في موالاة الوضوء في وجه ، والبناء على الصلاة في الجمع ، والخطبة ، والجمعة وبين الايجاب والقبول ، والسلام ورده ، والتأخير المانع بالرد بالبيع ، وفي الشرب وسقي الدواب من الجداول والأنهار المملوكة اقامة له مقام الأذن اللفظي ، وتناول الثمار الساقطة ، وفي إحراز المال المسروق ، وفي المعاطاة على ما اختاره النووي ، وفي عمل الصناع على ما استحسنه الرافعي ، وفي وجوب استئجار السرج والاكاف في استئجار دابة الركوب ،والحبر والخيط والكحل على من جرتالعادة بكونها عليه . وفي الاستيلاء في الغصب ، وفي رد ظرف الهدية وعدمه ، وفي وزن أو كيل ما جهل حاله في عهد رسول الله ﷺ ، فان الأصح أنه يراعى فيه عادة بلد البيع ، وفي

---

(١) متفق عليه .

(٢) ينظر رسالة ابن عابدين نشر العرف ٢ / صفحة ١١٤ وما بعدها والمدخل الفقهي للزرقا ٨٤٩/٢ .

(٣) الضبة : الطلعة قبل أن تنفلق أو سيلان الدم والمراد تحديد الكثرة والقلة في سيلان الدم بحسب العرف ، أو عدد الثمر المفلوق أو غير المفلوق من أجل الضمان .

إرســـال المواشي نهارا وحفظها ليلا ، ولو اطردت عادة بلد بعكس ذلك اعتبرت العادة في الأصح ، وفي صوم يوم الشك لمن له عادة ، وفي قبول القاضي الهدية ممن له عادة ، وفي القبض، وفي الاقباض ، ودخول الحمام ، ودور القضاة والولاة، والأكل من الطعام المقدم ضيافة بلا لفظ ، وفي المسابقة والمناضلة ، اذا كانت للرماة عادة في مسافة تنزل المطلق عليها ، وفيما إذا اضطردت عادة المتبارزين بالأمان ولم يجر بينهما شرط فالأصح أنها تنزل منزلة الشرط ،وفي ألفاظ الواقف والموصي وفي الأيمان(١) »

وجاء في إغاثـــة اللهفان لابن قيم الجوزية « إذا ادعت المرأة أنه لم ينفق عليهـــا ولم يكسها مدة مقامها معه ، أو سنين عديدة ، والحس والعرف يكذبها ، لم يحل للحاكم أن يسمع دعواها ، ولا تطالبه برد الجواب ، فان الدعوى إذا ردها الحس والعادة المعلومة كانت كاذبة (٢) ، ثم يقول : فلا يجوز لأحد حاكم ولا غيره أن يساعد من ادعى ما يشهد الحس والعرف والعادة أنه ليـــس له وان دعـــواه كاذبة ، ففي سمـــاع دعواه واحضار المدعى عليه واحـــلافه . أعظم مســـاعدة ومعاونة على ما يكذبه الحس والعادة ، ثم كيف يسع الحاكم أن يقبل قـول المرأة : أنها هي التي كانت تنفق على نفسها ، وتكســـو نفسها هـــذه المدة كلها مع شـــهادة العـــرف والعـــادة المضطردة بكذبهـا ولا يقبل قـــول الزوج أنه هو الذي كان ينفق عليها ويكسوها مع شـــهادة العـــرف والعـــادة له » . ومن هنـــا قـــال أصحاب مالك ، إذا كـــان رجـــل حائزا دارا متصرفاً فيهـــا من ســـنين طويلة بالبناء ، والهدم ، والاجارة ، والعمارة،وينسبها إلى نفسه ، ويضيفها إلى ملكه ، وانسان حاضر يراه ، ويشاهد أفعاله طوال هذه المدة ، وهو مع ذلك لا يعارضه فيها ، ولا يذكر أن له حقا ولا مانع يمنعه من المطالبة من خوف سلطان أو نحو ذلك ، ولا بينه وبين المتصرف في الدار قرابة ، ولا شركة في مـــيراث ، وما أشبه ذلك مما يتسامح به القرابات وذوو الصهر بينهم في إضـــافة أحدهم أموال الشركة إلى نفسه بل كان عريا من ذلك كله ، ثم جاء بعد هـــذه المدة يدعيها لنفسه ، ويزعم أنها له ، ويريد

---

(١) الاشباه والنظائر للسيوطي ٩٠ طبعة الحلبي بمصر .

(٢) اغاثة اللهفان من مصائد الشيطان ٢/٥٥ لابن القيم الجوزية تصحيح محمد الحامد الفقي وطبع البابي الحلبي بمصر سنة ١٩٣٩ .

أن يقيم بينة بذلك ، فدعواه غير مسموعة فضلا عن بينته، وتقر الدار بيد حائزها قالوا لان كل دعوى تكذبها العادة وينفيها العرف فانها مرفوضة غير مسموعة»(١)

ونقل في تبصرة ابن فرحون عن القرافي أن التعزير يختلف باختلاف الاعصار والامصار ، فرب تعزير في بلد يكون إكراماً في بلد آخر ، كقطع الطيلسان ، ليس تعزيراً في الشام فانه اكرام ، وكشف الرأس عند الأندلسيين ليس هواناً ، وبمصر والعراق هوان . (٢)

وروى الشيخان عن ابن عمر قال الله ﷺ « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ، أو يقول أحدهما للآخر : اختر » استنبط الشافعي من هذا الحديث خيار المجلس في البيع ، وسقوطه بتفرق العاقدين ، وأحال فيما يحصل به التفرق على العرف ، قال في المنهاج وشرحه « ويعتبر في التفرق العرف ، فما يعده الناس تفرقاً يلزم به العقد . وكذلك يرى الشافعي أن عدد الرضعات المحرم خمس ، أخذاً من قول عائشة رضي الله عنها ، كما عند مسلم وأبي داود «كان فيما أنزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن ثم نسخن بخمس معلومات » قال النووي في المنهاج « وضبطهن بالعرف » كالتفرق وعدد الرضعات منصوص عليه والبيان مرجوع فيه الى العرف » (٣) وقال الله تعالى « لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه الآية » فرض الله نفقة الزوجات بقدر الوسع ولم يبين مقدارها ولا ما به الكفاية منها ، ولكن فوضه الحنابلة كالجمهور إلى العرف . قال ابن قدامة الحنبلي « والصحيح ما ذكرناه من رد الحقوق المطلقة في الشرع إلى العرف فيما بين الناس في نفقاتهم في حق الموسر والمعسر والمتوسط كما رددناهم في الكسوة إلى ذلك(٤)»يقول الشيخ أبو سنة « معنى اعتباره هو الرجوع إليه في الأحكام الكلية عند تطبيقها على جزئيات الحوادث فالمجتهد أو المفتي أو القاضي إذا عرضت له حادثة لم يرد من الشرع إلا حكم كلي يجمعها مع أمثالها كالتعزير وأسبابه والنفقة وأجل السَّلَم

---

(١) اغاثة اللهفان ٥٦/٢ .
(٢) العرف والعادة في رأي الفقهاء ٤٦ .
(٣) المغني لابن قدامة ١٣٣/٦ .
(٤) الفواكه العديدة في المسائل المفيدة للشيخ أحمد بن محمد المنقور التميمي النجدي ٧٥/٢ .

رجع في تطبيقه على هذه الحادثة الجزئية إلى تحكيم العرف والعـادة ، فالحكم الكلي المستفاد من قوله تعالى « وعلى المولود له رزقهن » الخ وجـوب النفقة على الوالد للوالدة المرضع ، فإذا أريد الحكم لزينب بنفقة إرضاع طفلها علي ، رجع في جنس هذه النفقة وتقديرها إلى العرف والعادة بعد معرفة حال الأب ، وينبغي أن يبذل في سبيل ذلك الوسع ، ويعمل نظره جهد المستطاع ، ليكون قريباً من الحـق واثقاً من العدالة ثم يبني حكمه على أغلب ظنه وأحسن الرأي عنده » (١) .

ويتبين من هذا مقدار تأثير العرف وسلطانه في الأحكام ، وتسليم العلماء بذلك غير منكور ، وهو تأثير يظل متجددا ما كان في الناس عادات وأعراف ، ومـا تجددت الحياة وبرزت أعراف جديدة كلما تقدمت بهم وسائل الحياة والانتاج ، وتبدلت أساليب المعيشة ، واتسع العلم والعمران ، فعند العمال ولا سيما عمال المصانع الكبرى ومجتمعاتهم ، وعند التجار لا سيا بعد اتساع التجارة ، وعند الزراع ولا سيا بعد تطور وسائل الزراعة تنشأ ــ حتما ــ أعراف وتقاليد جديدة لا يمكن تجاهل تأثيرها وسلطانها فى الأحكام (٢) .

متى يعتبر العرف ؟؟

لقد بين العلماء شروطاً لاعتبار العرف ، والتسليم بتأثيره تتلخص فيما يلي : -

١) الشرط الأول :

أن يكون العرف مضطردا أو غالباً،أخذاًمن القاعدة الشرعية«انما تعتبر العادة اذا اضطردت أو غلبت » **ومعنى اضطراد العرف استمرار العمل به من غير تخلف في الحوادث ، ومعنى غلبته أن يكون شائعاً بين أهله في أكثر الحوادث ،** فاذا كان العرف شائعاً مستفيضاً بين الناس أو بين معظمهم أو كان يرجع إليه الناس في جميع الحوادث أو أكثرها ، يجري العمل به حينئذ شـرعا ويعترف به ، ولذلك نقل

---

(١) العرف والعادة في رأي الفقهاء ٤٧ ــ ٤٨ .

(٢) انظر لمزيد من الأمثلة المدخل الفقهي للاستاذ الزرقا ٨٤٥/٢ وما بعدها ، والفروق للقرافي ٢٨٧/٣ في فصل أثر العرف في العقود التي تتأثر به .

البيري شارح الأشباه والنظائر عن المستصفي ما نصه « التعامل العام أي الشائع المستفيض والعرف المشترك لا يصح الرجوع إليه مع التردد » (١) والمقصود بالتعامل العام أي في جميع البلدان ، جاء في الأشباه والنظائر « أن العادة تعتبر إذا اضطردت أو غلبت ولذا قالوا في البيع لو باع بدراهم أو دنانير وكانا في بلد اختلف فيها النقود مع الاختلاف في المالية والرواج انصرف إلى البيع الأغلب لأنه المتعارف كما في الهداية » (٢) .

ويصح أن يعتبر العرف الخاص إذا كان مضطردا أو غالباً في المنطقة الخاصة ولا يعمم (٣) وهذا ما عليه علماء بلخ وبخارى وخوارزم وأبو الليث السمرقندي والنسفي ولذلك أفتوا بجواز كثيرمن المعاملات التي يمنعها الدليل مثل جواز استئجار الحائك في الغزل ببعض ما يخرج من عمله مع أنه ممنوع بدلالة نهيه ﷺ عن قفيز الطحان وأفتى مشايخ بخارى بجواز استئجار المستقرض المقرض لحفظ مرآة مع أن الاجارة ثابتة بالتعامل العام ولم يثبت هنا لكن العرف الخاص على رأيهم لا يفيد حكماً عاماً وانما يفيد حكماً خاصاً بأهله . (٤)

والاضطراد غير العموم لأنه يؤخذ بالعرف الخاص اذا غلب على بلد معين وان لم يكن عرفا في بلد آخر ، ولا يعتبر العرف المشترك وهو ما تساوى فيه العمل به أو مساوياً ينقض الدلالة على الرجوع إليه .

والعرف يعتبر في الاضطراد ، أما إذا اضطرب العرف فلا يؤخذ به ، ولا يرجع إليه في الأحكام ولا يصح أن يكون مستنداً ولا دليلاً ، واذا اختلف الناس في العمل بالعرف فينسحب هذا الخلاف على تحكيمه واعتباره في الأحكام ، فلو باع شيئاً بدراهم وأطلق دون تعيين نزل على النقد الغالب ، فاذا اضطربت العادة في البلد وجب البيان وإلا بطل البيع . ولو استأجر للخياطة أحداً فالخيط على الخياط

---

(١) نشر العرف ٢ / ١٣٤ .
(٢) المصدر السابق ٢ / ١٣٤ .
(٣) المدخل الفقهي ٢/٨٥٩ ، الاشباه والنظائر / ٩٢ وينظر الموافقات للشاطبي ٢ / ١٩٨ .
(٤) انظر العرف والعادة في رأي الفقهاء ٥٨ .

فان اضطرب العرف وجب البيـــان . ومثل ذلك أجرة العامل في أيام العطل ينظر للعرف الغالب (١) .

والعادة الغالبة انما تؤثر في المعامـلات لكثرة وقوعها ورغبة الناس فيما يروج في النفقة غالباً ، ولا يؤثر فيه التعليق لقلة وقوعـــه ، ولا الاقرار لأنـــه أخبار عن وجوب سابق .

٢) الشرط الثاني :

أن يكون العرف مقارنا ولا يعتبر العرف المتأخر في التصرفات السابقة ، فإذا طرأ عرف جديد بعد اعتبار العرف السائد عند صدور الفعل أو القول لا يعتبر هذا العرف ، كما لو حـــكمنا العرف التجاري في توقيع الصك (الشيك) دون ذكر أية عبارة في التحويل الى حاملها ، فذهب انسان وقبض المبلغ من المصرف ثم طـــرأ بعد ذلك عرف اخر لا يعتبر التوقيع كافيـــاً في التحويل ، فلا يحكم العرف الجديد فيما مضى وانما يحكم ما كان سائدا حين التصرف .

وكما في قضية الرســـائل فقد اشترط الفقهاء لكي تعتبر أنها يجب أن تكون مكتوبة وفقا للعرف والعادة ، بأن تكون مستبينة مرسومة فلا تعتبر الكتابة بالأصبع على الماء أو الجدار ، ويجب أن تكون محررة على قرطاس ومعنونة ومصدرة باسم المرسل والمرسل إليه ومختومة بختم المرسل إلى غير ذلك من الشروط (٢) لكن طرأ اليوم ما غير العرف الزمني بالاكتفاء بالتوقيع على الرسائل فإذا حكم العرف السابق على تصرف سابق فيعتبر ، ولا يعتـــبر العرف الحادث فيها ، أما على التصرفات الحادثة فيعتبر .

يقول ابن نجيم « العرف الذي تحمل عليه الألفاظ انما هو المقارن السابق دون المتأخر ، لذلك قالوا « لا عبرة بالعرف الطارىء » (٣) .

---

(١) انظر الأشباه والنظائر للسيوطي / ٩٢ .
(٢) رد المحتار لابن عابدين ٤٢٨/٢ .
(٣) الاشباه والنظائر لابن نجيم الفن الأول ١٣٣/١ .

ويقول السيوطي « العرف الذي تحمل عليه الألفاظ انما هو المقارن السابق دون المتأخر . قال الرافعي العادة الغالبة انما تؤثر في المعاملات لكثرة وقوعها ورغبة الناس فيما يروج من النفقة غالباً ، ولا يؤثر في التعليق والإقرار ، بل يبقى اللفظ على عمومه فيها ، أما في التعلق فلقلة وقوعه ، وأما في الإقرار فلأنه أخبار عن وجوب سابق . وربما يقدم الوجوب على العرف الغالب فلو أقر بدراهم وفسرها بغير سكة البلد قبل . قال الإمام : وكذا الدعوى بالدراهم لا تنزل على العادة ، كما أن الاقرار بها لا لا ينزل على العادة بل لا بد من الوصف (١) وكذا قال الشيخ أبو حامد والماوردي والروياني وغيرهم وفرقوا بما سبق أن الدعوى والاقرار أخبار عما تقدم ، فلا يفيده العرف المتأخر » (٢) .

ويدخل في ذلك فهم مدلولات القرآن أيضاً فلا تحمل كلمة « ابن السبيل » أو « في سبيل الله » الواردتين في آية الصدقات (٣) على اللقيط الذي يلقي في الطريق ولا على غير الجهاد في حال تصرف سابق بل تحمل كلمة « ابن السبيل » على المسافر المنقطع ، وكلمة « في سبيل الله » على الجهاد ولا يحمل عرف حادث على تصرف كان في ظل عرف سابق . يقول القرافي في تنقيح الفصول « وإنما يعتبر من العادات ما كان مقارناً لها فكذلك نصوص الشريعة لا يؤثر فيها إلا ما قارنها من العادات » (٤) ، ويقول « وأما العوائد الطارئة بعد النطق لا يقضى بها على النطق فان النطق سالم عن معارضتها فيحمل على اللغة ونظيره إذا وقع العقد في البيع فان الثمن يحمل على العادة الحاضرة في النقد وما يطرأ بعد ذلك من العوائد في النقولات لا عبرة به في هذا البيع المتقدم وكذلك النذور والاقرار والوصية إذا تأخرت العوائد عليها لا تعتبر » (٥) .

---

(١) أقول ويكفي من الوصف اليوم أن يكون دنانير أردنية أو دراهم أردنية أو كويتية أو مصريه أو جنيه استرليني أو دولار أمريكي أو كندي الخ لانها معروفة .

(٢) الاشباه والنظائر للسيوطي / ٩٦ .

(٣) قوله تعالى « انما الصدقات للفقرات والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل الله وابن السبيل فريضة من الله والله عليم حكيم » التوبة .

(٤) تنقيح الفصول للقرافي / ٩٤ المطبعة الخيرية سنة ١٣٠٦ هـ .

(٥) المصدر السابق / ٩٤ .

وعلى هـــذا لا يبدل العرف الحادث شـــيئاً من أحكام التصرفات السابقة والتزاماتهـــا ، ولو اعتبرنا ذلك لفسدت أمور نظراً لتغير الأعراف والعـــادات في كل الأزمان .

وينسحب هذا على العرف اللفظي والعملي فألفاظ الوصية والوقف والطلاق ، والنذر ، وحجج الأوقاف والوصايا والبيوع والهبات ووثائق الزواج ، وغيرها إذا تغيرت مدلولاتها فتحمل على ما كان شائعاً عند صدور اللفظ وتفسر به ، وكذلك العملي مثل تقسيط أجور العقارات ، والجري في تأجير البيوت على السنة الهجرية أو الميلادية وغيرها .

وههنا مسألة يجدر التنويه بها فقد جرت بعض الدول في أيامنا هذه على تخفيض قيمة عملتها كأن يخفض الجنيه الاسترليني أو الدينار مقداراً معيناً بين الفينة والأخرى فلو كان لانسان على آخر دين بمبلغ ألف جنيه استرليني وكانت قيمته مثلا في العرف المقارن لوقت الاستدانة (٩٥٠) فلســاً أردنيــاً ثم خفضت قيمته بعد ذلك إلى (٨٥٠) فلســاً أردنياً فالذي أراه اعتبار العرف السابق المقارن لوقت الاستدانة أي يدفع الألف دينار بقيمة (٩٥٠) فلساً أردنياً ولا يدفع بالسعر المخفض الذي جري عليه العرف بعدذلك وهي مسألة وقع فيها الخلاف بين التجار والاقتصاديين، ولو اتبعوا القاعدة الشرعية هذه لانقذوا كثيرا من العباد من الافلاس .

٣) الشرط الثالث :

أن لا يعارض العرف تصريح بخلافه : من القواعد الفقهية المقررة القاعدة الشرعية « لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح (١) » ، وتعني أنه لا يصار الى ما يدل عليه اللفظ أو العمل أو الظرف أو عادة الناس إذا كان هناك تصريح منصوص عليه لفظاً أو كتابة يخالف هذه الدلالة، ومن ذلك اشترط في اعتبار العرف أن لا يكون هناك تصريح بما يخالف ما تعارف عليه الناس فانه يصار حينئذ الى العمل بما صرح به ويترك العرف ، وإنما يقوم العرف مقام الشرط إذا لم يكن في المعـــاملة التي تمت

---

(١) المادة (١٣) من مجلة الأحكام العدلية .

نص يحول دون الرجوع إليه فالمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً مقيد بما إذا لم يكن تصريح يمنع إقامة العرف مقام الشرط ، يقول علي حيدر شارح المجلة « إن العرف يكون حجة إذا لم يكن مخالفاً لنص أو شرط لأحد العاقدين فلو استأجر شخص أجيراً للعمل من الظهر الى العصر فقط ليس له أن يلزمه بالعمل من الصباح الى المساء بحجة أن عرف البلدة هكذا (١) »،ولا يعتبر هذا تخصيصاً للقاعدة « المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً» إذ يحكم العرف فيما لا تصريح فيه اعتماداً على العرف الجاري.

ولنضرب لذلك مثلاً من الإعارة ، فمن المعلوم أن الإعارة تتقيد في المكان والمقدار بما يقيدها به المعير ولو جاء قيده مخالفاً للمعتاد إذ لا عبرة للعادةمع التصريح بخلافه ، فلو نهى صاحب السيارة (المعير) أن يركبها المستعير أكثر من مرتين وأن لا يسير إلا في وقت معين وأن لا يخرج بها من المملكة الاردنية ، فعلى المستعير أن يتقيد بذلك ولو خالف العرف (٢) .

ومن الإجارة : مثل آخر ، فلو اضطرد عرف الناس على أن يستثنى الليل من عمل لا يتولى إلا بالنهار فاشترط صاحب العمل عليه أن يعمل في الليل فلا يعتبر العرف حينئذ (٣) ، وقد وضح الإمام عز الدين بن عبدالسلام متى يلتزم الشرط المخالف للعرف وذلك بأن يستطيع المتعاقدان الوفاء به فاذا لم يستطيعا فلا ، فمثلاً لو شرط المستأجر على الأجير أن يعمل يوماً واحداً عنده من غير أكل ولا شرب لزمه ذلك ، ولو شرط عليه أن يعمل شهراً كاملاً ليل نهار بحيث لا ينام لم يلزمه ذلك لتعذر الوفاء به وتكون الإجارة باطلة (٤) .

٤) الشرط الرابع :

أن لا يكون في العرف تعطيل لنص ثابت أو لأصل قطعي في الشريعة :

---

(١) شرح المجلة المادة (٣٧) الجزء الأول .

(٢) المدخل الفقهي للزرقا ج ٢ ، ص ٨٦٦ .

(٣) يرى بعض الفقهاء كالإمام السبكي خلاف ذلك وينزلون الليل منزلة أوقات الراحة المعروفة فلا يصح هذا الشرط ، وقد أخذنا برأي قاضي القضاة أبي بكر الشامي . الأشباه والنظائر للسيوطي صفحة ٩٩ .

(٤) انظر قواعد الأحكام للعز بن عبدالسلام ، ج ٢ ، ص ١٧٨ .

لا يعتبر العرف إذا كان فيه تعطيل للنصوص الشرعية القطعيـــة وذلك فيما إذا كان العرف لا يمكن تنزيل النص الشرعي عليه ، أمـا إذا أمكن تنزيل النص على العرف وعدم التعارض بينهما فيعتبر حينئذ سلطان العرف، يقول السيوطي في تعارض العرف مع الشرع « هو نوعان : **أحدهما** لا يتعلق بالشرع حكم فيقدم عليه عرف الاستعمال فلو حلف لا يأكل لحماً لم يحنث بالسمك وإن سماه الله لحماً ، أو لا يجلس على بساط أو تحت سقف أو في ضوء سراج لم يحنث بالجلوس على الأرض وإن سماه الله بساطاً ولا تحت السماء وإن سماه الله سقفاً ، ولا في الشمس وإن سمـــاها الله سراجاً ، أو (أي حلف أن) لا يضع رأسه على وتد لا يحنث بوضعها على جبل (أي ولو سمى الله سبحانه الجبال أوتاداً) أو لا يأكل ميتة أو دماً لم يحنث بالسمك والجراد والكبد والطحال ، فقدم العرف في جميع ذلك لأنها استعملت في الشرع تسمية بلا تعلق حكم وتكليف ، **والثاني** يتعلق بـــه حكم فيقدم على عرف الاستعمال فلو حلف لا يصلي لم يحنث إلا بذات الركوع والسجود ، أو لا يصوم لم يحنث بمطلق الإمساك (٢) » .

بيان الحكم في المذاهب الفقهية

في حال تصادم العرف مع نص خاص :

العرف إما أن يخالف الدليل الشرعي وهو إمـــا أن يكون نصاً من نصوص الشريعة (أي من الكتاب والسنة) أو أن يكون قياساً أو أن يكون إجمـاعاً ، وإما أن يخالف بعض الآراء الاجتهادية وهي الأحكام الشرعيـــة الظنية المستنبطـــة من الأدلة الشرعية .

وما من شك في أن الانسان لدى البحث والتأمل يصل الى تقرير أن الفقـــه وقف موقفاً حكيماً في تحديد سلطان العرف جامعاً بين النظر في الواقعـــة وتحكيم روح النصوص الشرعية من غير تفريط في المبادىء والقواعد الأساسية فيها .

والحكم في مخالفة العرف الدليل الشرعي يختلف باختلاف الأدلة ، وباختلاف عموم النص وخصوصه ، ويختلف بحسب المخالفة إن كانت من كل وجـــه أو من

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ٩٣ .

بعض الوجوه ، يقول ابن عابدين « إذا خالف العرف الدليل الشرعي ، فان خالفه من كل وجه بأن لزم منه ترك النص فلا شك في رده ، كتعارف النـاس كثيراً من المحرمات من الربا وشرب الخمر ولبس الحرير والذهب وغير ذلك مما ورد تحريمه عاماً ، والعرف خالفه في بعض أفراده ، أو كان الدليل قياساً ، فان العرف معتبر إن كان عاماً ، فان العرف العام يصلح مخصصاً كما مر عن التحرير ويترك به القياس كما صرحوا به في مسألة الاستصناع ودخول الحمام ، والشرب من السقاء ، وإن كان العرف خاصاً فانه لا يعتبر وهو المذهب كما ذكره في الأشباه حيث قال « فالحاصل أن المذهب عدم اعتبار العرف الخاص ولكن أفتى كثير من المشايخ باعتباره (١) » .

ومن هنا تبين أن مخالفة العرف للأدلة الشرعية تتنوع أنواعاً مختلفـة بحسب الحالات التي تؤدي الى النتائج المختلفة وذلك في أنواع ثلاثة :

١ ـ النوع الأول : **مخالفة العرف النص الشرعي من كل وجه .**

٢ ـ النوع الثاني : **مخالفة العرف النص من بعض الوجوه .**

٣ ـ النوع الثالث : **تعارض العرف والاجتهادات الفقهية للناس .**

النوع الأول

مخالفة العرف النص الشرعي من كل وجه

إذا خـالف العرف الشرع مـن كل وجه فـلا يعتـبر العرف مطلقاً وذلـك فيما إذا اصطـدم العرف بنص تشريعي خـاص مـن نصوص الكتاب أو السنـة يـأمر بخـلاف مـا جرى عليـه العرف ، فلو تعارف الناس على أمر من الأمور ، وجاءت الشريعة بنصوصها معارضة له ، فلا يؤخذ بهذا العرف و لا يعتبر كالأحكام التي كانت متعارفة في الجاهلية وحرمها الشرع)لأن العرف هنا صادم إرادة الشارع الخاصة في موضوع أصبح المسلم مكلفاً بتطبيقـه والأخذ به فلا

---

(١) رسالة نشر العرف لابن عابدين ج ٢ ، ص ١١٦ .

يجوز إهمال النص وأعمال العرف (١) ، وكالعقود التي نهى عنها الإسلام مثل بيع الملامسة والمنابذة وغيرها ، ومن ذلك تعارف الغزو واستباحة الحقوق به ، ونكاح الشغار وإثبات ولد الزنا . ولو عاود الناس المعاملة بها وأصبح عرفاً فانـه لا يعتبر شرعاً وهو باطل .

استثناء من الحكم العام :

ويستثنى من ذلك ما إذا كان النص حين نزوله أو حين صدوره عن المشرع مبنياً على عرف قائم ومعللاً به ، فـان النص عندئذ يكون عرفياً فيدور مع العرف ويتبدل بتبدله ، مثال ذلك حديث الربا الوارد في الأصناف الستة فانه نص على أن الربا يحصل في مبادلة هذه الأصناف إذا لم يكن تساو فاذا كان التساوي فلا ربا ، فما هو مقياس التساوي ؟ ؟ لقد ترك ذلك للعرف فما كـان وزنياً كالذهب والفضة اعتبر فيه الوزن ، وما كان كيلياً كالحنطة والشعير والملح والتمر اعتبر فيه الكيل . والملاحظ أن الحديث نص على التساوي الوزني في الذهب والفضة والتساوي الكيلي فيما عداها ، غير أن العرف تبدل في هذه الأزمان فأصبحت الحنطة والتمر والشعير والملح توزن وزناً ولا تكال كيلاً فأي العرفين يعتبر هنا ؟؟ الحنفية ذهبوا الى عدم اعتباره لأنه نص خاص بالمقياس الربوي في هذه الأصنـاف فلا يعتبر العرف على خلافه ، ومعهم جمهور المجتهدين، غير أن الإمام أبا يوسف يرى اعتبار العرف وانه يتبدل المقياس بحسبه كما في الأموال الربوية التي لم يرد نص خاص بشأنمقياسها (٢) يقول ابن عابدين في الرد على من يزعم أن أبا يوسف خالف النص في اتباع العرف « حاشا لله أن يكون مراد أبي يوسف ذلك وإنما أراد تعليل النص بالعادة بمعنى أنه إذا نص على البر والشعير والتمر بأنها مكيلة وعلى الذهب والفضة بأنهما موزونـة لكونهما في ذلك الوقت كذلك فالنص في ذلك الوقت إنما كان للعادة ... فليس في اتباع العادة المتغيرة الحادثة مخالفة للنص بل فيه اتباع للنص » ويقول « وظاهر كلام المحقق ابن الهمام ترجيح هذه الرواية (٣) » .

---

(١) انظر المدخل الفقهي للزرقا جـ ٢ ، ص ٨٧٠ .

(٢) شروح الهداية جـ ٦ ، ص ٥٧ ورسالة نشر العرف جـ ٢ ، ص ١١٨ والمدخـل الفقهي للزرقا جـ ٢ ، ص ٨٧٦ .

(٣) رسالة نشر العرف لابن عابدين جـ ٢ ، ص ١١٨ .

ومن ذلك اعتبار الصمت في استئذان الفتاة البكر في النكاح فان أساسه العرف القائم في ذلك الوقت فالنص من حديث النبي ﷺ « وإذنها صماتها » قام على اعتبار العرف ، واليوم تغير العرف في كثير من البلدان وأصبح لا يكفي فيه صمت الفتاة البكر إذ أنها بلغت من الجرأة حداً تعرب فيه عن رأيها لفظاً فيعتبر إذنها كاذن الثيب ، ويؤخذ بالعرف لأن أساس النص قام على اعتبار العرف وقد تغير فيتغير بتغيره .

النوع الثاني

مخالفة العرف النص من بعض الوجوه

إذا عارض العرف نصاً تشريعياً عاماً أي لم يخالف النص من كل وجه فاعتبار العرف هنا يحتاج الى نظر وتفصيل :

(أ) تعارض العرف اللفظي والعملي اذا كان مقارناً ، مع النص العام .

يعتبر العرف اللفظي في تنزيل النص التشريعي على معناه عند خلو اللفظ من قرائن تدل على المراد منه تحديده ، وذلك مثل ألفاظ البيع والإجارة والصيام والصلاة والحج وغيرها فانها تنصرف الى المعاني التي تعارف عليها الفقهاء والناس ، وهذا فرع عن القاعدة القائلة **بوجوب حمل اللفظ على معناه الحقيقي ما لم تقم قرينة على ارادة المجاز** .

وقد ذكر الإمام الغزالي دليل العرف من الأدلة التي تخصص النص العام قال « التأمين عادة المخاطبين فاذا قال لجماعة من أمته « حرمت عليكم الطعام والشراب مثلاً » وكانت عادتهم تناولهم جنساً من الطعام فلا يقتصر بالنهي على معتادهم بل يدخل فيه لحم السمك والطير ومالا يعتاد في أرضهم لأن الحجة في لفظه وهو عام وألفاظه غير مبنية على عادة الناس في معاملاتهم .. ثم قال : وعلى الجملة فعادة الناس

تؤثر في تعريف مرادهم من ألفاظهم حتى أن الجالس على المائدة يطلب الماء يفهم منه العذب البارد لكن لا تؤثر في تغيير خطاب الشارع إياهم (١) .

والعلماء في ذلك على آراء ففريق يرجع الى الحقيقة اللغوية أولاً ، وفريق يأخذ بالدلالة العرفية أولا ، فلو دخل دار صديقه وقدم له طعاماً فامتنع فقال « إن لم تأكل فامرأتي طالق » فخرج ولم يأكل ثم قدم في اليوم الثاني فقدم إليه ذلك الطعام فأكل فعلى الأول لا يحنث ، وعلى الثاني يحنث .

وفريق ثالث يقول « ان تطابق العرف والوضع فذاك وإن اختلف » فأصحاب الشافعي يميلون الى اعتبار الوضع ، والإمام الشافعي والغزالي يريان اعتبار العرف .

وقال آخرون : **أولاً** ، إن كان العرف ليس له وجه في اللغة البتة فالمعتبر اللغة ، كأن يصطلح الناس على تسمية الشيء باسم غير ما وضع له في أصل اللغة كتسمية الغزال بالأرنب ، **وثانياً** : وإن كان له فيه استعمال ففيه خلاف ، قال العز بن عبدالسلام : قاعدة الأيمان « البناء على العرف إذا لم يضطرب ، فاذا اضطرب فيرجع الى اللغة . **وثالثاً** : وإن هجرت اللغة حتى صارت نسياً منسياً قدم العرف .

وقد ذهب الاستاذ مصطفى الزرقا الى أنه لا خلاف في اعتبار العرف العام اللفظي والأصح أن فيه خلافاً كما بينا ، والأمثلة على ذلك كثيرة منها :

١ ــ حلف لا يسكن بيتاً ، فإن كان بدوياً حنث بسكنى بيت الشعر وبيت الحجر وغيرهما ، وإن كان من أهل القرى ففيه رأيان (١) أن يعتبر العرف فلا يحنث (٢) أو تعتبر اللغة فيحنث .

٢ ــ حلف لا يأكل الخبز ، هل يعتبر العرف أو اللغة ؟ فان اعتبر العرف لا يحنث بأكل خبز الرز في بلاد تعارفت الخبز من القمح أو الشعير ، وإن اعتبرت اللغة يحنث بأي خبز يأكله . ومثله لو حلف لا يشرب ماء أيحنث بشرب الماء المالح أم لا ؟

---

(١) المستصفى للغزالي ج ٢ ، ص ١١٢ .

٣ ـ لو قال أمير « أعطوا فلاناً بعيراً » لا يعطى ناقــة على المنصوص وهو المعتبر عرفاً ولكن اللغة تجعل كلمة البعير تطلق على الناقة فيعطاها .

٤ ـ أوصى مالاً للقراء هل يدخل فيــه من لم يحفظ القرآن ولكن يقرأه ، من حيث اللغة ، يدخل في الوصية ، وأما من حيث العرف فلا يدخل إلا حفظة القرآن الكريم .

٥ ـ أوصى للفقهاء بمال ، هل يدخل علمـاء القانون أو الخلافيون المنــاظرون ، يحتمل وجهين : بحسب اللغة ، أو بحسب العرف ، وهذا ما أدى الى اختلاف العلماء ، والأصوب اعتبار العرف فلا يدخل إلا فقهاء الشريعة (١) .

٢ ـ تعارض العرف العملي :

وأما العرف العملي ، ففيه تفصيل وخلاف ، فهو اما :

١ ـ أن يكون عاماً معارضاً للنص العام عند نزوله .

٢ ـ أو يكون خاصاً مقارناً للنص العام .

٣ ـ أو يكون العرف غير مقارن للنص العام .

(١) فان كان العرف العملي عامـــا معارضاً للنص عند نزوله فانه يكون مخصصاً للنص ، ويقتصر فيه على مـــا تعورف عليه ، ولا يشمل الأمر غير المتعارف عليه لأن التخصيص في اصطلاح الأصـــوليين « قصر اللفظ العام على بعض أفراده » فلا يشمل كل أفراده ، **وقد يكون التخصيص هذا بالصفة** مثل قوله عليه السلام « في الإبل السائمة زكاة » فلا يشمل غير السائمة وهي المعلوفة(٢). **وقد يكون تخصيص الشيء باسمه** وهو يدل على نفي الحكم عما عــداه كما فهم الأنصار معنى قــول النبي عليه الصلاة والسلام « إنما الماء من الماء » (٣)

---

(١) انظر الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٤ والمدخل الفقهي العام ج ٢ ، ص ٨٧٨ .

(٢) رسالة نشر العرف لابن عابدين ١٢٥/٢ .

(٣) رواه مسلم وأبو داود وابن ماجة وأحمد .

أي الغسل من المني فهموا عدم وجوب الغسل بالاكسال (وهو فتور الذكر قبل الإنزال) ولم يأخذ الأحناف بهذا الرأي ، ويعتبر العرف في ذلك .

وقد ورد أيضا « نهى رسول الله ﷺ عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم » (١) فهذا النص عام في منع كل أنواع البيع التي لا يكون المبيع فيها موجوداً في ملك البائع سوى السلم المستثنى .

والعمل بالعرف أمام النص العام لا يعتبر تعطيلا للنص كما في حالة خصوص النص بل يبقى معمولا به في مشمولاته الأخرى التي تناولها عمومه .

وقد رأى بعض العلماء أن العرف العام يصلح مخصصاً للأثر ويترك به القياس إذا كان عاما من عهد الصحابة ومن بعدهم بدليل ماقالوا في الاستصناع أن القياس عدم جوازه ، لكنا تركنا القياس به من غير نـــكير من أحد من الصحابة ولا من التابعين ولا من علماء كل عصر ، وهذا حجة يترك به القياس ، ونجد ابن عابدين يرد عليهم بقوله « من نظر إلى فروعهم عرف أن المراد به ما هو أعم من ذلك إلا ترى أنه نهى عن بيع وشـــرط ، وقد صرح الفقهاء بأن الشرط المتعارف لا يفسد البيع كشراء نعل على أن يحذوها أي يقطعها ، ومنه ما لو شرى ثوباً أو خفاً خلقاً على أن يرقعه البائع أو يخرزه ويسلمه فانهم قالوا « يصح للعرف » فقد خصصوا الأثر بالعرف ، وانما يصح دعواك تخصيص العرف العام بما ذكرته إذا ثبت أن ما ذكر من المسائل ونحوها كان العرف موجوداً زمن المجتهدين من الصحابة وغيرهم وإلا فيبقي على عمومه مرادا به ما قابل العرف الخاص ببلدة واحدة وهو ما تعامله عامة أهل البلاد سواء كان قديماً أو حديثاً » (٢) .

(٢) إن كان العرف العملي المقارن خاصاً ، وهو معارض للنص العام ، كأن يكون خاصاً بفئة دون فئة كتجار دون تجـــار ، أو بزمان دون زمان فلا يكون العرف الخاص مخصصاً للنص العام ولو كان قائماً عند نزول النص أو وروده

---

(١) رواه أحمد وابن ماجة .

(٢) رسالة نشر العرف ١٢٥ .

ويدل عليه ما ذكره ابن عابدين عن الذخيرة في رد ما قاله بعض مشايخ بلخ من اعتبارهم عرف بلخ في بيع الشرب بأن عرف أهل بلدة واحدة لا يترك به القياس ولا يخص به الأثر (١) ، وهذا رأي جمهور الحنفية والمالكية .

غير أن بعض العلماء يرى أن العرف الخاص القائم يخصص النص العام (٢) ، كما يقيد المطلق خلافا لما قاله القرافي في الفروق (٣) ، من أن العرف العملي لا يصلح لتخصيص اللفظ أو تقييده ، وقد اعتبره بعض الأحناف كذلك في القول الضعيف ، وأنه يجوز العمل بالعرف الخاص للأثر عند الضرورة كما في مسألة شراء النعل على أن يحذوها أو شراء القبقاب على أن يسمر له سيرا أو شراء فرن الغاز على أن يؤمن له الاسطوانة ، ولكن الأصح أن هذا يجوز استحسانا لا عرفا كما في فتح القدير (٤) .

قال ابن عابدين« وفي الاشباه تنبيه هل المعتبرفي بناء الأحكام العرف العامولو كان خاصا ، قال في البزازية معزيا إلى الامام البخاري الذي ختم به الفقه « الحكم العام لا يثبته بالعرف الخاص ، وقيل يثبت » (٥) .

ومثال ذلك ما ورد في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير عند الامامالك إذا كانت المرأة شريفة القدر لا يلزمها إرضاع ولدها إن كان يقبل ثدي غيرها للمصلحة العرفية في ذلك ، حيث جرى العرف لدى أمثالهن على أن يستأجرن لاولادهن المراضع ، قال ابن عربي وهو تخصيص لعموم قوله تعالى « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين » (٦).

---

(١) رسالة نشر العرف لابن عابدين ٢ / ١٢٥ .
(٢) المدخل الفقهي للاستاذ مصطفى الزرقا ٨٨٥/٢ .
(٣) فروق القرافي ١٧٣/١ .
(٤) انظر رسالة نشر العرف لابن عابدين ١٢٥/١ .
(٥) المصدر السابق ١١٩/٢ .
(٦) انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ١٤٣/٢ ، والتلويح على التوضيح ١٤٢/١ .

(ب) تعارض العرف الحادث مع النص العام :

وأما إذ كان العرف المعارض للنص العام غير مقارن للنص العام أي حدث بعد ذلك النص ، فإن هناك رأيين في الموضوع :

(١) الرأي الاول :

ما ذهب إليه جمهور العلماءمن أن العرف الحادث لا يعتبر ولا يصلح مخصصاً للأثر ولو كان عرفاً عاماً لأن العرف طارىء على النص النافذ ولا يصح أن ينسخ به ، لا فرق في ذلك بين عرف لفظي وعرف عملي ولا يصح أن نورد على نصوص القرآن أو السنة المعاني الطارئة التي تبدل عرف الناس فيها ، كلفظ اليمين الوارد في قوله تعالى « لاَ يُؤَاخِذُكُمُ اللهُ باللَّغْوِ في أيمَانِكم ولكِنْ يُؤاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمَ الأيمانَ » (١) فانه يحمل على الحلف بالله المتعارف عليه عند نزول الآية، ولا يصح حمل لفظاليمين على اليمين المستحدثة بالطلاق والعتاق لأنها لم تكن معروفة في الجاهلية فليست مقارنــة للنص التشريعي .

(٢) الرأي الثاني :

ذهب أبو يوسف الى جواز تخصيص العرف الحادث للنص العام ويفهم من بيان رأيه أن ذلك فيا إذا كـان النص معتمداً على عرف عملي معمول به عند نزوله فيخصص العرف الحادث ذلك العرف القديم . ومثال ذلك مـا ورد في قوله تعالى « وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة» فقد كان انصباب معنى القوة على ما كان معروفاً في زمن نزول النص ومـــا في أمثاله من قول النبي ﷺ « الا أن القوة الرمي » (٢) فإن العرفقد تبدل وازداد مشمول القوة بأمور مستحدثة كاستعمال الأسلحة الحديثة ولذلك فإن اللفظ يحمل على الأمور المستحدثة المتعارف عليها . ومن الأمثلة أيضاً أن النص في تحريم الربا في الأجناس المتساوية نصعلى الوزن بالنسبة للذهب والفضة وترك الأمر عاماً بالنسبة لغيرهما في قـــوله ﷺ « الذهب بالذهب والفضة بالفضة

---

(١) الآية ٨٩ من سورة المائدة .

(٢) رواه مسلم وأبو داود والترمذي .

والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيد فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يـــداً بيد » (١) وقوله ﷺ « الذهب بالذهب وزناً بوزن مثلا مثلا بمثل ، والفضة بالفضة وزنا بوزن مثلا بمثل فمن زاد أو استزاد فهو ربا » (٢) ، فالنص على أن الذهب والفضة انما تباع بالوزن والعرف كان على ذلك ، وكان العرف على أن الأصناف الأخرى يعتبر فيها الكيل، والتساوي انما يكون عرفاً بالوزن أو الــكيل ، وقد حدد النص التساوي في الوزن بالنسبة للذهب والفضة وتركه عاماً بالنسبة للأصناف الأخرى فكان يتبع الكيل فيها عرفاً في زمن رسول الله ﷺ ، وقد طرأ عرف حـــادث يخصص النص العام الذي ورد في المثلية بالنسبة للبر والشعير والتمر والملح إذ صار يعتبر الوزن بدلا من الكيل وغلب ذلك على جميع انحاء البلاد الاسلامية ، يقول شارح سبل السلام » واحتجت الحنفية بهذا الحديث على أن ما كان في زمنه ﷺ مكيلا لا يصح أن يباع بالوزن متساوياً بل لا بد من اعتبار كيله وتساويه كيلا وكذلك الوزن ، وقال ابن عبد البر أنهم أجمعوا على أن ما كان أصله الوزن لا يصح أن يباع بالكيل بخـــلاف ما كان أصله الكيل فان بعضهم يجيز فيه الوزن . ويقول « ان المماثلة تدرك بالوزن في كل شيء» وغيرهم يعتبرون الكيل والوزن بعـــادة البلد ولو خالف ما كان عليه في ذلك الوقت ، فان اختلفت العادة اعتبر بالاغلب ، فـــان استوى الأمر ان كان له حكم المكيل إذاً بيع بالكيل وإن بيـــع بالوزن كان له حكم الموزون » (٣) ويقول ابن عابدين « اعلم أن المسائل الفقهية إما أن تكون ثابتة بصريح النص وهي الفصـــل الأول ، وإما أن تكون ثابتة بضرب اجتهاد ورأي ، وكثير منها ما يبينه المجتهد على ما كان في عرف زمانه بحيث لو كان في زمان العرف الحادث لقال بخلاف ما قاله أولا ، ولذا قالوا في شروط الاجتهاد أنه لا بد فيه من معرفة عادات الناس ، فكثير من الأحكام تختلف بإختلاف الزمان لتغيير عرف أهله ، ولحدوث ضرورة ، أو فساد أهـــل الزمان ، بحيث لو بقي الحكم على مـــا كان عليه أولا للزم منه المشقة

---

(١) رواه مسلم عن عباده بن الصامت .

(٢) رواه مسلم عن أبي هريرة .

(٣) سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام المتن للحافظ بن حجر العسقلاني والشرح للعلامـــة الصنعاني ٩/٣ طبعة المكتبة التجارية بمصر .

والضرر بالناس ، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد لبقاء العالم على أتم نظام وأحسن أحكام وهذا ترى مشايخ المذهب خالفوا ما نص عليه المجتهد في مواضع كثيرة بناها على ما كان في زمنهم لعلمهم بأنه لو كان في زمنهم لقال بما قالوا أخذاً من قواعد مذهبه . فمن ذلك افتاؤهم بجواز الاستئجار على تعليم القرآن ونحوه لانقطاع عطايا المعلمين (١) التي كانت في الصدر الأول ، ولو اشتغل المعلمون بالتعلم من غير أجرة للزم ضياعهم وضياع عيالهم ، ولو اشتغلوا بالاكتساب من حرفة وصناعة لزم ضياع القرآن والدين ، فأفتوا بجواز أخذ الأجرة على التعليم ، وكذا على الامامة والأذان كذلك مخالف لما اتفق عليه أبو حنيفة من عدم جواز الاستئجار وأخذ الأجرة عليه كبقية الطاعات من الصوم والصلاة والحج وقراءة القرآن ونحو ذلك » (٢) .

ومن ذلك عدم الاكتفاء بظاهر العدالة في الشهادة لفشو الكذب وانتشار الجرأة على شهادة الزور مع أن النص العام بعدالة المسلمين كان يقتضي الاكتفاء بظاهر العدالة لغلبتها في زمن رسول الله ﷺ وصحابته . وقد ذكر الفقهاء عدداً كبيراً من المسائل التي أجازوا فيها تخصيص العرف الحادث للنص العام فمن ذلك تضمين الأجير المشترك ، ومنع الوصي من المضاربة بمال اليتيم في زمننا لفساد الناس وعدم اجارة الوقف أكثر من سنة في الدور وأكثر من ثلاث سنين في الأراضي ، وسقوط الشفعة إذا أقر طلب التملك شهراً عند الامام محمد دفعاً للضرر ، وبإفتاء العلماء بالعفو عن طين الشوارع للضرورة ، وجواز الشرب من السقاء بلا بيان قدر الماء ، ودخول الحمام بأجرة مقطوعة بدون أن يبين مدة المكوث فيه ولا مقدار كمية الماء التي سيستعملها (٣) ، ومن ذلك القضاء بالأجرة للغسال والخباز والطباخ والدقاق والحمال وصاحب الحمام والقيم وإن لم يعقد معه عقد اجارة اكتفاء بشاهد الحال ودلالته ، ولو استوفى هذه المنافع ولم يعطهم الأجرة عد ظالما غاصبا ، ومن ذلك قبول قول الوصي فيما ينفقه على اليتيم اذا ادعى ما يقتضيه العرف ، ومنع سماع

---

(١) أي الرواتب المقررة لهم من الدولة بحسب حاجاتهم .

(٢) رسالة نشر العرف لابن عابدين صفحة ١٢٥/٢ ـ ١٢٦ .

(٣) المصدر السابق ١٢٦/٢ .

الدعوى التي لا تشبه الصدق ومنع تحليف المدعى عليه لهـا اعتماداً على ما يصدقه العرف مع أن الحديث النبوي يقرر أن « البينة على من ادعى واليمين على من أنكر » (١) ومن ذلك لو رأى موتاً بشاة غيره أو حيوانه المأكـول فبادر بذبحه ليحفظ عليه ماليته كان محسناً ولا سبيل على محسن ويخصص به النص العام بعدم التصرف في مال الغير إلا بإذنه ، وقد خصص به في أمور كثيرة اعتمادا على العرف ، منها مـا اذا استأجر دابة جاز له ضربها إذا حرنت في السير بـدون استئذان مالكها ، ومنها لو وقع الحريق في الدار أو في جزء منها فبادر فهدمها على النـار لئلا تسري لم يضمن اعتبارا بالعرف ، ومنها أن الضيف يأخذ الماء من ثلاجة صاحب الدار ويجلس على أثاث بيته من غير اذنه ، ومنهـا أخذ مـا يسقط من الحب عند الحصاد (ويسمى اللقاط) . يقول ابن قيم الجوزية في الطرق الحكمية في السياسة الشرعية « وأضعاف أضعاف هذه المسائل مما جرى العمل فيه على العرف والعـادة ، ونزل ذلك منزلة النطق الصريح اكتفاء بشاهد الحـال عن صريح المقال » (٢) ، فقد تبين أن النص كان قائماً على عرف عند نزوله أو وروده فطرأ عليه العرف الحادث فجاز تخصيصه به ، وهذه الأمثلة تؤيد ما ذهب إليه أبو يوسف ، مجتهد المذهب الحنفي وقاضـي قضاة الرشيد ، وهو أقوى حجة وأقوم محجة (٣) .

النوع الثالث

تعارض العرف والاجتهادات الفقهية

الاجتهاد يطلق اصطلاحاً على معنيين :

١ ــ المعنى الاسمي : وهو وصف للمجتهد ، ويعرف بأنـه ملكة يقتدر بهـا على

---

(١) (حديث البينة على من أدعى واليمين على من أنـكر الا في القسامة) رواه البيهقي وابن عساكر عن ابن عمر وهو ضعيف وفي روايـة أخرى البينة على المدعى عليه / رواه الترمـذي عن ابن عمر وهو ضعيف .

(٢) الطرق الحكيمة صفحة ١٩ ــ ٢٤ تحقيق محمد حامد الفقي وطبعة القاهرة سنة ١٩٥٣ .

(٣) المدخل الفقهي العـام للزرقا ٢/٨٧٦ وأنظر رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ٤ ــ ٢٨١ المطبعة الاميرية .

استنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية .

٢ ــ المعنى الأصولي : وهو وصف فعل المجتهد ، ويعرف بأنه « بذل أقصى الوسع لتحصيل حكم شرعي عملي من الأدلة التفصيلية بطريق الاستنباط » .

والمعنى الثاني هو المراد به عند البحث في تعارض العرف مع الاجتهاد، ويراد به ضرب من ضروبه وهو الاجتهاد لمعرفة حكم الله سبحانه وتعــالى ، ولا يراد به الاجتهاد لمعرفة محل العمل بحكم الله المعروف أي الاجتهاد في درك الأحكام الشرعية أو في تطبيقها .

ومن المعلوم أن الاجتهاد بالمعنى الاصولي وهو استفراغ الوسع لاستنباط الحكم الشرعي من دليله ، لا يكون بمجرد استحسان العقل من غير دليل ، فهذا هو القول بالرأي والهوى المذموم الذي أشار إليه أبو بكر رضي الله عنه حين قال« أي أرض تقلني وأي سماء تظلني إن قلت في آية من كتاب الله برأيي أو بما لا أعلم » وصرح به عمر رضي الله عنه حين قال وهو على المنبر « يا أيها الناس ، إن الرأي إنما كان من رسول الله ﷺ مصيباً ان الله يريه ، وإنما هو منا الظن والتكلف (١) » .

وإنما يكون الاجتهاد بالرجوع الى ما يلي :

١ ــ حجية الدليل ذاته .

٢ ــ ثبوت الدليل وطريق الوصول إليه .

٣ ــ قوة الدليل .

٤ ــ ترجيح الدليل على ما يعارضه .

٥ ــ بقاء الحكم أو نسخه .

٦ ــ دلالة الدليل وفهمه .

---

(١) أعلام الموقعين ١/٤٤ .

٧ ـ استنباط حكم لم ينطق بـه الشارع ، من معنى ما نطق الشارع بحكمـه وذلك بالقياس .

٨ ـ استنباط حكم لم ينطق به الشارع عن طريق أدلة أخرى غير القياس اعتمدها مجتهد دون آخر ، كالاستصحاب أو الاستحسان،أوالمصالح المرسلة أوغيرها.

وقد بينا في موضوع تعارض النص مع العرف العام أو الخاص ، حكم ذلك في الشريعة الإسلامية ، والخلاف بين الفقهاء فيـه ويدخل في ذلك المواطن التي يعتمد فيها المجتهد على الدليل ذاته وهل يحتج به أو لا يحتج به ،وقوة الدليل وضعفه، ودلالاته المختلفة وترجيح دليل على دليل ، وموقف العرف من ذلك هو موقفه من النص العام ، أو النص الخاص ، كما بينا ، غير أنه من المعروف بداهـة ان اعتبار العرف لا يدخل في موضوع حجية الدليل أو عدم حجيته ، ولا يدخل في موضوع ترجيح دليل على دليل آخر قوة أو ضعفاً ، ولكن له مدخل كبير في دلالات الأدلة المختلفة لأنها تعتمد على الألفاظ والألفاظ قد تكون حقيقة أو مجازاً ، والمجـاز قد يصبح حقيقة عرفيـة ، واصطلاحاً عرفياً وقد وضحنـا ذلك عند الحديث عن العرف اللفظي .

أما إذا كان الحكم مستفاداً بطريق القياس في الحكم الذي لم ينطق به الشارع من معنى ما نطق بحكمه ، أو بأحد الأدلة الأخرى الفرعية المعتمدة عند بعض الفقهـاء دون الآخرين كالاستحسان والاستصحاب والاستصلاح وغيرهـا ، فـان العرف حينئذ يعتبر إذا تعارض مع الحكم الاجتهادي ، ويؤخذ به ويترك القياس أو الدليل الآخر ، لأنه في الغالب دليل الحاجة ، وهو أقوى من القياس فيرجح عليـه عند التعـارض (١) . وفي نزع الناس عن عـادتهم حرج ، ولذلك يؤخذ بالعرف ولو عارضه الاجتهاد كما يقول شمس الأئمة السرخسي عند ذكر مسألة بيع الثمار قبل أن تنضج جميعها وهي على الشجر ، ومسألة بيع الخضار وهي في أرضهـا مع الزرع . « وكان شيخنا شمس الأئمة (٢) يفتي بجواز هذا البيـع في الثمار والباذنجان والبطيـخ

(١) رسالة العرف ٢/١١٦ .
(٢) شمس الائمة : عبدالعزيز بن أحمد الحلواني البخاري مصنف المبسوط ، وهو إمام أهل بخارى في زمنه توفي سنة ٤١٨ هـ .

وغير ذلك ، وهكذا حكي عن الشيخ الإمـام أبي بكر محمـد بن الفضل . قال : اجعل الموجود أصلاً في العقد ، وما يحدث بعد ذلك تبعاً . قـال : استحسن فيـه لتعامل الناس فانهم تعاملوا بيع ثمار الكرم بهذه الصفة ، ولهم في ذلك عادة ظاهرة، وفي نزع الناس عن عادتهم حرج بين . قال : وقد رأيت روايـة في هذا عن محمد وهو في بيع الورد على الأشجار (١) » وهذا هو المعتبر عند المالكية والحنفية، وهو نوع من أنواع الاستحسان . وذكر الكمال بن الهمام أن العرف في هذه الحالة بمنزلة الإجماع شرعاً عند عدم النص (٢) .

وسواء أكانت علة القياس وصفاً لازماً كالثمنية في الزكـاة للمضروب من الذهب والفضة ، أو كانت العلة مبنية على العرف، فان العرف هو المعتبر في حالة التعارض ، وهو في معارضته للقياس المبنية علته على العرف يتبع العرف إذا تبدلت علة الحكم من باب أولى ، وهو ليس نقضاً للإجتهاد بانشاء اجتهاد آخر ولكنها تطبيق للإجتهاد الأول في بنائه على العلة وقد تغيرت فيتغير الحكم (٣) والمعلول يـدور مع العلة وجوداً وعدماً .

وما ينطبق على القياس ينطبق على بقية الادلة الاخرى ، ولعلّ فيما نورد من الأمثلة مـا يوضح مـا ذكرناه من الحكم العام في الأخذ بالعرف والعدول عن الحكم الاجتهادي عند التعارض ، فمن ذلك :

١ ـ إجازة بيع الثمار على الشجر ، قبل أن ينضج جميعه ، وقد اختلفوا في كيفيـة جواز ذلك اذا نضج أكثره أو بعضه،ومثله بيع الخضار كالباذنجان والكوسا وغيرهما ، فانها تخرج ثمراتها دفعات ، وتسقى عدة مرات في أثنـاء ذلك ، وقد جرى العرف على بيعها ولو خالف اجتهادات المجتهدين من قبل في منع بيع الثمار على الشجر ، جاء في الهداية« ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها أو قد بدا جاز البيع لأنه مال متقوم إما لكونه منتفعاً به في الحال أو في الثاني وقد قيل

(١) المبسوط للسرخسي ١٢/١٩٧ طبعة الساسي بالقاهرة .
(٢) شرح فتح القدير ٦ / ١٥٧ .
(٣) الأحكام للقرافي صفحة ٦٨ .

انه لا يجوز قبل أن يبدو صلاحها ، والأول أصح (١) » . وقد اختار الإمام محمد بن الحسن جواز تركها على الشجر خلافاً للصاحبين واستحسنه للعادة (٢) وذكر السرخسي في المبسوط « وعند الشافعي رحمه الله تعالى يتركها الى وقت الإدراك لأنه هو المتعارف بين الناس، ولو اشتراها بشرط الترك فالعقد فاسد عندنا جائز عند الشافعي رحمه الله لانه متعارف بين الناس (٣) ». وهو في هذا يتفق مع محمد بن الحسن خلافاً للصاحبين استحساناً مبنياً على العرف ، وقال مالك وبعض أصحاب أحمد وابن القيم وشيخه بجواز هذا النوع من البيع (٤).

٢ ـ جواز بيع السمك المحصور في الاجمة إذا كان قد أخذه ثم أرسله في الاجمة لأن بارساله لا يزول ملكه ، وان كان لا يتمكن من أخذه إلا بالصيد وذلك لتعارف الناس له ، وهذا خلافاً لاجتهاد ابن عمر وابن مسعود وقد أخذ الأحناف باجتهادهما إذ قالا « لا تبيعوا السمك في الماء فانه غرر (٥) » .

٣ ـ القياس أنه لا يجوز بيع لبن امرأة في قدح لأنه جزء الآدمي ، وهو بجميع أجزائه مكرّم مصون عن الابتذال بالبيع ، ولكن الشافعي أجاز بيعه لأنه مشروب طاهر جرى العرف على بيعه ولا فرق بين الحرة والأمة (٦) .

٤ ـ القياس في قبض الدين أنه لا يجوز دفعه لغير صاحبه ، ولا ينفذ قبضه على الدائن ما لم يكن للقابض نيابة عن الدائن من ولاية أو وكالة ، ولكن الفقهاء تركوا القياس في البنت البكر البالغة يقبض عنها مهرها عند زواجها أبوها أو جدها عند عدم الأب ، فيعتبر هذا القبض نافذاً عليها ومبرئا لذمة الزوج اتباعاً للعرف الذي يترك معه القياس (٧) .

---

(١) الهداية ج ٣ ، صفحة ٢٠ طبعة الحلبي .
(٢) الهداية ج ٣ ، صفحة ٢٠ .
(٣) المبسوط لشمس الائمة السرخسي ج ١٢ ، صفحة ١٩٦ .
(٤) أعلام الموقعين ج ١ ، صفحة ٣٦٠ .
(٥) المبسوط ج ١٣ ، صفحة ١٢ .
(٦) الهداية ٣/ ٣٤ .
(٧) المدخل الفقهي ٢/ ٩٠١ .

٥ ـ لم يجز أبو حنيفة وأبو يوسف بيع النحل بدون الـكوارات (١) ، لأنه لا ينتفع بعينه ولا بجزء من أجزائه فـلا يجوز كالزنابير ، ولا اعتبار بما يتولد منه من العسل لأنه معدوم ، أمـا إذا باعها مع الكوارات وفيها عسل يجوز تبعاً ، ولكن الإمـام محمداً أجاز بيعه إذا كان مجموعاً لأنه حيوان منتفع به مقدور التسليم ، ولأن الكوارات والعسل تبع للنحل وليس النحل تبعاً للعسل، وليس للكوارات فائدة بدون النحل ، فخالف محمد الصاحبين تبعاً لاختلاف عـادات الناس وعرفهم في البيع والشراء والنظرة الى اعتباره مـالا متقوماً لا تافهاً .

٦ ـ ومثل النحل دود القز ، فقد أجاز بيعه محمد والشافعي خلافـاً للصاحبين إذ لم يجيزا بيعه إلا مع القز وجعـلا الدود تبعاً للقز بينما الواقع أن القز متولد من الدود فصار تبعاً له ، ولأنه سبب القز فلم يعد معتبراً من الأموال التافهة التي لا قيمة لها كالهوام بل إنه حيوان منتفع به حقيقة وشرعاً فيكون مالا متقوماً. وأن محمداً يضمن من يقتل دود القز بنـاء على جواز بيعه ، واتباعاً للعرف السائد ، فخالف به اجتهاد الصاحبين وعليه فان عرف اليوم يرى أن الهوام كالفراش والوزغ والضفدع وأمثالها من الأموال المتقومة لأنه ينتفع بهـا ، فيجوز جمعهاوبيعهاوالتعامل بها اتباعاً للعرف وعدولا عنالحكم الإجتهادي(٢).

٧ ـ كان اجتهاد الفقهاء على أن يبـاع المكيل من الزيت والسمن مع المظروف ، ولكن العرف جرى فـيما بعد على بيع الزيت والسمن مع المظروف أو التنك وزناً ثم يعاد المظروف أو التنك فارغـاً ، ويخصم وزنه من وزن الزيت أو السمن ، بل جرى العرف اليـوم على أن يباع الزيت أو السمن مع التنك أو الإناء ويحسب ثمن الإناء معهما وإذا أعيد التنك فلا يعاد بالثمن الذي اشترى به بل أقل مقابل الاستعمال ، جاء في الهداية قوله « ومن اشـترى على أن يطرح عنه بوزن الظرف جاز لأن هذا من مقتضى العقد » (٣) .

(١) الكوارة (بالضم وتشديد الواو) معسل النحل إذا سـوي من الطين ، ومثله أي بيت النحل من الخشب وغيره .

(٢) انظر الاختيار ٢٦/٢ ، والهداية ٣٤/٣ .

(٣) الهداية ٣٥/٣ .

٨ ـ ومثل ذلك اعتبار ما يكتبه التاجر في دفتره من ديوان في الحساب الجاري ، حجة على المدين أخذاً بالعرف ، بينما القيـــاس لا يعتبر إلا البينة ولا يعتبر ما يكتبه هذا التاجر في دفتره العادي .

٩ ـ المنافع في المأجور عند العقد معدومة،والانتفاع إنما يكون بعد استعمال المأجور سواء كان داراً أو أرضاً أو دكاناً أو غير ذلك، فالقياس أن لا تشرع اجارة المنافع أصـــلاً وأن لا يصح العقد عليها ، لكن عـدل عن القياس ، للعرف والحاجـــة ، استحساناً مبنياً على العرف ، وإلى ذلك ذهب جمهـــور الفقهاء كالحنفية والشافعية والمالكية (١) قــال الكمال بن الهمام « وأصـــل الإجارة مقتضى القياس فيها البطلان ، إلا أن الشرع أجازها للحاجة فيما فيه تعامل » (٢) وذكر ابن عـــابدين عن البزازية « صحة الاجارة بالتعارف العام فتى وجد العرف بإجارة سنوية كالدور للسكن والأراضي للزراعة ، صحت الاجارة لوجود الحاجة ، ومتى انتفى كاجـــارة لأشجار للاستظلال وتجفيف الثياب بتعليقها بطلت الاجارة لعدم الحاجة ولأنه يدل على أن المنافع المعقود عليها غير مقصودة من العين المستأجرة وبهـــذا يكون بذل العوض فيها من السفه واخذ العوض عنها من اكل المال بالباطل ، فألفقه أن الاجارة تدور على العرف صحة وبطلاناً » (٣) .

ومن هنا يتضح أن جريان العرف على أمر ما يخالف حكماً اجتهادياً من القياس أو غيره من الأدلة ،يستدعي العمل به وترك الحكم القياسي ؛ قال القرافي جواباً على سؤال وجه إليه هذا نصه :

السؤال التاسع والثلاثين :

ما الصحيح في هـــذه الأحكام الواقعة في مذهب الشـــافعي ومالك وغيرهما المرتبة على العوائد ، وعرف كان حاصـــلا حال جزم العلماء بهذه الأحكام ، فهل إذا تغيرت تلك العوائد ، وصـارت العوائد لا تدل على ما كانت تدل عليه أولاً ،

---

(١) انظر المهذب للشيرازي ٣٩٩/١ ، والشرح الكبير للدرديري ٢١/٤ .
(٢) فتح القدير على الهداية ١٠٣/٥ .
(٣) رسالة نشر العرف لابن عابدين /١١٧ .

فهل تبطل هذه الفتاوى المسطورة في كتب الفقهاء ، ويفتى بما تقتضيه العوائد المتجددة ، أو يقال نحن مقلدون ، وما لنا أحداث شرع لعدم أهليتنا للاجتهاد ، فنفتي بما في الكتب المنقولة عن المجتهدين ؟

جوابه : إن أمر الأحكام التي مدركها العوائد مع تغيير تلك العوائد خلاف الاجماع وجهالة في الدين ، بل كل ما هو في الشريعة يتبع العوائد بتغيير الحكم فيه عند تغيير العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجددة ، وليس تجديداً للاجتهاد من المقلدين حتى يشترط فيه أهلية الاجتهاد ، بل هذه قاعدة اجتهد فيها العلماء وأجمعوا عليها فنحن نتبعهم فيها من غير استئناف اجتهاد . ألا ترى أنهم لما جعلوا المعاملات إذا أطلق فيها الثمن يحمل على غالب النقود، فإذا كانت العادة نقداً معيناً حملنا الاطلاق عليه ، فإذا انتقلت العادة إلى غيره عينا ما انتقلت العادة إليه ، وألغينا الأول لانتقال العادة عنه ، وكذا الاطلاق في الوصايا والايمان وجميع أبواب الفقه المحمولة على العوائد إذا تغيرت العادة تغيرت الأحكام في تلك الأبواب ، وكذلك الدعاوى إذا كان القول قول من ادعى شيئاً لأنه العادة ثم تغيرت العادة لم يبق القول قول مدعيه، بل انعكس الحال فيه ، **بل ولا يشترط تغيير العادة** ، بل لو خرجنا عن تلك البلد إلى بلد عوائدهم على خلاف عادة البلد الذي كنا فيه ، وكذلك إذا قدم علينا أحد من بلد عادته مضادة للبلد الذي نحن فيه لم نفته إلا بعادته دون عادة بلدنا » ثم يذكر عن الامام مالك بعض الأمثلة على ما أورده من أتباع العوائد والأعراف (١) .

ومن ذلك ما قاله العلامه العيني « والبناء على العادة الظاهرة واجب ، فعلى هذا إذا قال البياع وجدت في باركاري (أي دفتري) بخطي أو كتبت في باركاري بيدي ان لفلان علي ألف درهم ، كان هذا إقراراً ملزماً إياه » والعمل بذلك إنما هو للعرف الحادث مع أنه كان لا يعتبر قبلا إلا بالإقرار اللفظي أو بالبينة . وفي الأشباه « ألفاظ الواقفين تبنى على عرفهم » (٢) ، وقد قال ابن عابدين في هذا المعنى أيضاً « إعلم أن المسائل الفقهية إما أن تكون ثابتة بصريح النص . . . وأما

---

(١) الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والامام للامام شهاب الدين أحمد بن ادريس القرافي ، تحقيق محمود عرنوس /٦٨ طبعة القاهرة .

(٢) رسالة نشر العرف لابن عابدين ٢ / ١٤٦ .

أن تكون ثابتة بضرب اجتهاد ورأي ، وكثير منهـا ما يبنيه المجتهد على ما كان في عرف زمانه بحيث لو كان في زمان العرف الحادث لقال بخلاف ما قاله أولاً ، ولهذا قالوا في شروط الاجتهاد أنه لا بد فيه من معرفة عادات الناس ؛ فكثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله ، ولحدوث ضرورة أو فساد أهل الزمان بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولا للزم منه المشقة والضرر بالناس ، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ، ورفع الضرر والفساد لبقاء العالم على أتم نظام وأحسن أحكام ، ولهذا نرى مشايخ المذهب خالفوا ما نص عليه المجتهد في مواضع كثيرة بناها على ما كان في زمنه ، لعلمهم بأنها لو كان في زمنهم لقال بما قالوا أخذاً من قواعد مذهبه » (١) .

تغير الزمان وأثره في تغير الاحكام

المقصود بتغير الزمان تغـير العادات والأحوال للناس في زمن عنه في زمن آخر ، أو في مكان عنه في مكان آخر ، مهما اختلفت المؤثرات التي أدت إلى تغير الأعراف والعادات ، وقد أسند التغيير إلى الزمان مجازاً ، فالزمن لا يتغير ، وإنمـا الناس الذين يطرأ عليهم التغيير . والتغيير لا يشمل جوهر الانسـان في أصل جبلته وتكوينه ، فالانسان إنسـان منذ خلق ، ولكن التغير يتناول أفكاره ، وصفاته ، وعاداته ، وسلوكه ، مما يؤدي إلى وجود عرف عام أو خاص ، يترتب عليه تبدل الأحكام المبنية على الأعراف والعادات ، والأحكام الاجتهادية التي استنبطت بدليل القياس أو المصالح المرسلة أو الاستحسان أو غيرها من الأدلة الفرعية ، أما الأحكام التي لا تبنى على الأعراف والعوائد . والأحكام القطعية الأساسية بنصوصها الآمرة أو الناهية ، فإنها لا تتغير بتغير الأزمـان ولا بتغير الأماكن ، ولا بتغير الناس ، كوجوب الصـلاة والزكاة والجهاد والأمانة والصدق ، وإباحـة البيع والشراء ، والرهن والإجارة ، ووجوب الميراث وبيان أنصبتها ، وغيرها من الأحكام الآمرة ومثل حرمة الزنا وشرب الخمر ، وحرمة أكل الميتة ، وحرمة القمار والكذب وشهادة الزور والخيانة ، وتحريم الفرار من المعركة ، وتعاطي الكهانة وادعاء معرفة الغيب وغيرها من الأحكام الناهية .

---

(١) رسالة نشر العرف ٢ / ١٢٥ .

يقول الأستاذ بدر المتولي عبد الباسط : « فالأحكام التي اعتمدت على دليل قطعي في ثبوته كالقرآن والأحاديث المتواترة ، والاجماع الذي توفرت شروطه ، ونقل إلينا نقلاً متواتراً ، وقطعي في دلالته على معناه ، بمعنى أن النص لا يحتمل إلاّ هذا المعنى الواحد ، الأحكام التي اعتمدت على هذا الدليل أحكام ثابتة لا تقبل التغيير ولا التبديل مهما تعاقبت الأزمان وتغيرت الأحوال ، كقوله تعالى « وَقَضَى رَبُّكَ أَلاَّ تَعْبُدُوا إِلاَّ إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا » وكقوله جل شأنه « وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا » فهذه الآية قاطعة في حلّ البيع وحرمة الربا ؛ ولكن ما هي البيوع التي أحلها الله وما هو الربا الذي حرمه الله فهذا مجمل تكفلت السنة ببيانه بما أعطي الرسول ﷺ من حق البيان ، ومثل ذلك ما أجمع عليه علماء الإسلام من أحكام كحرمة زواج المسلمة بغير المسلم وإن كان كتابياً وكتوريث الجد والجدة عند عدم الأب والأم إلى كثير من الأحكام التي أجمع عليها ونقل إلينا هذا الاجماع نقلا متواتراً » (١) .

وقد بينا ان كثيرا من الفتاوى والا جتهادات المتغيره قد اختلفت باختلاف العادات ، وانها خالفت اجتهادات السابقين ، وعلى هذا الاساس كانت القاعدة الشرعية التي تقول « لا ينكر تغير الاحكام بتغير الازمان » .

وقد بنى الفقهاء سبب هذا التغير على اختلاف الزمان أي اختلاف عوائد الناس واعرافهم ، وعلى صحة او فساد الإخلاق ، واصبح من الصعب تطبيق الاحكام الاجتهادية لفساد الأخلاق او اختلاف الناس في عوائدهم ، فاتخذت الاحكام الاحتياطية لمنع الفساد ، واضطر الفقهاء الى تحكيم الاعراف ومخالفة الاجتهادات ، ومن هنا قالوا في كثير من المسائل المختلف فيهاانه اختلاف عصر وأوان لا اختلاف حجة وبرهان . يقول الامام مالك رضي الله عنه « تحدث للناس فتاوى بقدر ما احدثوا » والمراد ان يحدثوا اموراً تقتضي اصول الشريعة فهماً غير ما اقتضته قبل حدوث ذلك الامر (٢) وقال عمر بن عبد العزيز تحدث للناس أقضيه على قدر ما

---

(١) من مقال للاستاذ بدر المتولي عبد الباسط عميد كلية الشريعة بجامعة الأزهر، نشر في مجلة الأزهر في الجزء الرابع للسنة (٣٦) بتاريخ جمادى الآخرة ١٣٨٤ هـ نوفبر سنة ١٩٦٤ .

(٢) انظر شرح الزرقاني على الموطأ ٤ ـ ٢٠٤ .

أحدثوا من الفجور » (١) .

والاحكام القطعية الاصلية ، الآمرة او الناهية ، التي ذكرنا امثلة منها ، وهي التى لاتتبدل بتبدل الاعراف والعادات ، يمكن ان تتغير اساليب تطبيقها ووسائل تحقيقها باختلاف الازمان ، فمثلا حماية الحقوق المكتسبة حكم قطعي كان يقوم به القاضي الفرد ، اما في يومنا هذا فقد تعددت درجات المحاكم من قاضي الصلح الى محكمة بداية ، اومحكمة الاستئناف ، الى محكمة التميز وهي محكمة جماعية ، فتغير الاسلوب ولم يتغير الحكم الاصلي .

ومن الواضح في الشريعة ان النصوص التي تدل على احكام معللة بعلة منصوصة وجاء زمن لم توجد فيه هذه العلة أو الاحكام الشرعية الاجتهادية ، التي اخذت من الادلة الظنية سواء في ثبوتها كالأحاديث التي رويت آحاداًوكالقياس فانه ظني في حجيته ،أوكانت ظنية في دلالاتها كبعض آيات الاحكام ، او التي بنيت على العرف ، فانه يمكن ان تتغير بتغير الازمان والامكنة ، لان الشريعة تقوم على الحكم ومصالح العباد في معايشهم وعباداتهم كما يقول ابن قيم الجوزية « فان الشريعة الاسلامية مبناها واساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد ، وهي عدل كلها ، ورحمة كلها ، ومصالح كلها ، وحكمة كلها ، فكل مسألة خرجت عن العدل الى الجور ، وعن الرحمة الى ضدها ، وعن المصلحة الى المفسدة ، وعن الحكمة الى العبث ، فليست من الشريعة ، وان ادخلت فيها بالتاويل ، فالشريعة عدل الله بين عباده ، ورحمته بين خلقه ، وظله في ارضه ، وحكمته الدالة عليه ، وعلى صدق نسول الله ﷺ ، وهي نوره الذي ابصر به المبصرون ... » (٢) .

وقد ضرب ابن القيم امثلة لتغير الاحكام تدل على مدى تأثر الشريعة الاسلامية بالعرف الصحيح من جهة ، ومدى مراعاة الظروف المختلفة في الازمنه والامكنة ، ودوران ذلك على مصالح العباد ، فمن ذلك فريضة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، فقد شرعها الله للأمة ليحصل من المعروف ما يحبه الله ورسوله ، فاذا

---

(١) الفروق للقرافي ٢ ـ ٥ .
(٢) اعلام الموقعين عن رب العالمين ٣ ـ ٣ .

كان انكار المنكر يستلزم مــا هو انكر منه وابغض الى الله ورسوله ، فلا يسوغ انكــاره ، وان كان الله يبغضه ويمقت اهــله ، يضرب لذلك مثــلا ، بالانكار على الملوك والولاة بالخروج عليهم فانه اســاس كل شر وفتنة الى آخر الدهر ، وقد استأذن الصحابة رضوان الله عليهم رسول الله ﷺ في قتــال الامراء الذين يؤخرون الصلاة عن وقتها ، وقالوا : أفلا نقــاتلهم ؟ فقال « لا ما أقــاموا الصلاة » وقال « من رأى من أميره ما يكرهه، فليصبر ولا ينزعن يداً من طاعة(١) » وكان رسول الله ﷺ يرى أكبر المنكرات في مكة ، ولا يستطيع تغييرها ، بل لما فتح الله مكة عليــه وصارت داراً للإسلام عزم على تغيير البيت ورده على قواعد إبراهيم، ومنعه من ذلك — مع قدرته عليه — خشية وقوع ما هو أعظم منه من عدم احتمال قريش لذلك لقرب عهدهم بالإسلام وكونهم حديثي عهد بكفر ، ولهذا لم يأذن بالإنكار على الامراء باليد لما يترتب عليه من وقوع ما هو أعظم منه كما وجد سواء (٢) .

وقد جعل ابن قيم الجوزية مراتب الإنكار أربعاً :

الاولى : أن يزول ويخلفه ضده .

الثانية : أن يقل وإن لم يزل بجملة .

الثالثة : أن يخلفه ما هو مثله .

الرابعة : أن يخلفه ما هو شر منه .

فالدرجتان الأوليان مشروعتان ، والثالثة موضع اجتهاد فبعضهم جوزهــا وبعضهم حرمها ، والرابعة محرمة ، وذلك مراعاة للأحوال والأعراف (٣) .

والعلماء على جواز تبدل الاحكام بتبدل الأزمان لتحقيق المصالح . قال النسفي في المستصفى عند الكلام على الاستئجــار لتعليم القرآن « ولا يبعد أن يختلف الحكم

---

(١) رواه مسلم .
(٢) أعلام الموقعين ج ٣ ، صفحة ٤ .
(٣) أعلام الموقعين ج ٣ ، صفحة ٤ .

باختلاف الأوقات (١) » وقال الزيلعي نقلاً عن فقهاء بلخ « الأحكام قد تختلف باختلاف الأزمان (٢) » ويرى القرافي الإجماع على ذلك إذ يقول « إن الأحكام المترتبة على العوائد تدور معاً كيفما دارت وتبطل معها اذا بطلت كالنقود في المعاملات والعيوب في الأعواض في البياعات ونحو ذلك ... وبهذا القانون تعتبر جميع الأحكام المترتبة على العوائد ، وهو تحقيق مجمع عليه بين العلماء (٣) » .

وهذا التبدل ليس نسخاً للأحكام لأن النسخ رفع للحكم الشرعي المنصوص عليه كتاباً أو سنة ، وهذا اجتهاد بني على عرف قد يتغير فيتغير الحكم معه ، وليس لانسان أيما كان أن ينسخ النص ، والتغير بحسب العرف رجوع الى أصل شرعي في كل حكم مجتهد يحكم به عليها كما يقول الشاطبي في الموافقات (٤) .

---

(١) مخطوط بدار الكتب نقلا عن العرف والعادة في رأي الفقهاء للشيخ أبو سنة صفحة ٨٧ .
(٢) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ج ٥ ، صفحة ١٢٥ .
(٣) الفروق للقرافي ج ١ ، صفحة ١٧٦ .
(٤) الموافقات ج ٢ ، صفحة ٢١١ . وأنظر ايضاً العرف والعادة / ٨٩ .

الفصل الثالث

الدواعي والاسباب المؤدية الى تغير الاعراف

كثرت الأسباب والدواعي التي تؤدي الى تغير الاعراف والتي تؤدي بالتالي الى تغير الأحكام الاجتهادية نقتصر على المهم منها فيا يلي :

١ ــ وجود ظروف تقتضي تغير الحكم .

٢ ــ فساد الأخلاق ، وفقدان الورع وهو المعبر عنه بفساد الزمان .

٣ ــ تغير أفكار الناس وأوضاعهم ، وتأثرهم بالأوضاع والعادات والأفكار الجديدة .

٤ ــ حدوث أوضاع تنظيمية من القوانين والأوامر والترتيبات الادارية وغيرها مما أثر في الناس وأدى الى تغيير عاداتهم .

وننوه هنا ــ توكيداً ــ بأن الاعراف والعادات التي تتناقض في تغيرها مع الاحكام الأصلية لا تعتبر ولا يلتفت إليها ، أما إذا كانت الأعراف والعادات مخالفة لحكم اجتهادي فقد بيناه وضربنا الأمثلة عليه ، ولتوضيح هذه الأسباب والدواعي نورد الأمثلة التالية لها على سبيل المثال لا الحصر ، وبالمثال يتضح المقال :

أ) **وجود الظروف التي تقتضي تغير الحكم** : لقد علمنا الرسول ﷺ أن نراعي الاحوال التي تنشأ ، والظروف التي تجد ، مما يستدعي تغير الحكم إذا كان اجتهادياً ، أو تأخير تنفيذه ، أو إسقاط أثره عن صاحبه إذا كان الحكم

قطعياً ، فمن ذلك ما ورد عن النبي ﷺ أنه نهى أن تقطع الأيدي في الغزو كما روى أبو داود وهو حد من حدود الله تعالى ، وقد نهى عن إقامة الحد خشية أن يترتب عليه ما هو أبغض الى الله من تعطيله أو تأخيره، وهو لحوق صاحبه بالأعداء حمية وغضباً ، كما قاله عمر وأبو الدرداء ، ونص عليه أحمد وإسحاق بن راهويه وغيرهما فلا تقام الحدود في أرض العدو ، وقد أُتي بسر بن أرطأة برجل من الغزاة وقد سرق مجنّة فقال « لولا أني سمعت رسول الله ﷺ يقول « لا تقطع الأيدي في الغزو » لقطعت يدك (١) » .

وقد روى سعيد بن منصور أن عمر كتب الى الناس أن لا يجلدن أمير جيش ولا سرية ولا رجل من المسلمين أحداً وهو غازٍ حتى يقطع الدرب قافلاً لئلا تلحقه حمية الشيطان فيلحق بالكفار (٢) » .

وقد ثبت أن حذيفة بن اليمان رضي الله عنه منع أن يقام الحد على الوليد بن عقبة وهو أمير في الغزو ، وقال « أتحدون أميركم وقد دنوتم من عدوكم فيطمعوا فيكم » وان سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه لم يقم الحد على أبي محجن وقد شرب الخمر يوم القادسية ، يقول ابن قيم الجوزية « وليس في هذا ما يخالف نصاً ولا قياساً ولا قاعدة من قواعد الشرع ولا إجماعاً (٣) » وقال صاحب المغني «وهذا اتفاق لم يظهر خلافه (٤) » ويدخل في هذا الباب ما فعله عمر رضي الله عنه حين لم يعط المؤلفة قلوبهم من الزكاة وحين اسقط الحد عمن سرق في عام المجاعة (٥).

---

(١) رواه أبو داود .

(٢) أعلام الموقعين ج ٣ ، صفحة ٦ ، أخرجه أبو داود عن أبي جناد بن أبي أمية قال : كنا مع بسر بن أرطأة في البحر فأتي بسارق يقال له مصدر قد سرق بختية (واحدة البخت وهي الابل الخراسانية) فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « لا تقطع الأيدي في السفر ولولا ذلك لقطعته » وأخرجه النسائي أيضاً عن بسر بن أرطأة باللفظ نفسه في باب (القطع في السفر) وأخرجه الترمذي في سننه عن بسر بن أرطأة قال « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « لا تقطع الأيدي في الغزو » قال الترمذي حديث غريب . وقوله « لقطعت يدك » انما هي من رواية أبي داود .

(٣) أعلام الموقعين ٣ / ٦ .

(٤) المغني .

(٥) أعلام الموقعين ٣ / ٧ ـ ٩ .

ب) **فساد الزمان** : يقصد بفساد الزمان فساد النـــاس وانحدار أخلاقهم وفقدان الورع وضعف التقوى،مما يؤدي الى تغير الأحكـــام تبعاً لهذا الفساد ، ومنعاً لـــه ، وقد أصبح في انتشاره عرفـــاً يقتضي تغيير الحـــكم لاجله ، وقد حدث مثل هذا في عهد الصحابة رضي الله عنهم وفي كل العهود الإسلامية والأمثلة على ذلك كثيرة منها :

١ ــ روى البخاري عن زيد بن خالد الجهني رضي الله عنه قال: جاء أعرابي الى النبي ﷺ فسأله عما يلتقطه فقال : عرفها سنة ثم احفظ عفاصهـــا ووكاءها فان جاء أحد يخبرك فبها وإلا فاستنفقها ، قال يا رسول الله فضالة الغنم؟ قال : لك او لاخيـــك او للذئب . قال : ضالة الابل . فتمعر وجـــه النبي ﷺ فقـــال : « مالك ومالها معها حذاؤها وسقاؤها ترد الماء وتأكل الشجر » وفي روايـــة أخرى عنه « دعها فان معها حذاءها وسقاءها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها (١) » وروى مالك عن ابن شهاب أن ضوال الإبل كانت في زمن عمر رضي الله عنه ابلاً مرسلة تتناتج ولا يمسها أحد،حتى إذا كان زمن عثمان بن عفان أمر بمعرفتها وتعريفها ثم تباع فاذا جاء صاحبها اعطي ثمنها . وهذا على خلاف ما بينـــه رسول الله ﷺ ، وذلك لفساد الناس ، وجرأتهم على تناول ضوال الابل وأخذها ، ففهم عثمان رضي الله عنه الغاية من أمر الرسول ﷺ بترك ضوال الابل وهو حفظها لصاحبها ، فلما فسد الناس حافظ على المقصود من حديث النبي ﷺ ، وإن خالفه ظـــاهراً ولكنه موافق له حقيقة .

٢ ــ المعمول به في المذهب الحنفي أن المدين تنفذ تصرفاته في الهبة والوقف وسائر وجوه التبرع ، ولو كانت ديونه مستغرقة أمواله كلها باعتبـــار أن الديون تتعلق بذمته لا بأعيان أمواله التي تبقى حرة فينفذ فيها تصرفه،وهذا مقتضى القواعد القياسية ، لكن لما خربت ذمم الناس وكثر طمعهم وقل ورعهم ، صـــار أصحاب الأموال يعمدون الى تهريب أموالهم من وجه الدائنين عن طريق وقفها أو هبتها لمن

---

(١) رواه البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي وابن ماجه والدارمي والإمام أحمد في مسنده ومالك في موطأه . والوكاء الخيط الذي يشد به الوعاء ، والعفاص الوعـــاء الذي تكون فيه اللقطة من جلد وغيره .

يثقون به من قريب أو صديق ، فأفتى المتأخرون من فقهاء المذهبين الحنفي والحنبلي بعدم نفاذ هذه التصرفات من المدين إلا فيما يزيد عن مقدار الديون التي عليه .

٣ ـ يذهب الحنفية الى أن الغاصب لا يضمن قيمة منافع المغصوب عن مدة الغصب بل يضمن عين المغصوب اذا هلكت أو أصابها عيب ؛ لأن المنافع عندهم ليست متقومة في ذاتها ، وإنما تتقوم بورود العقد عليها كعقد الاجارة ولا عقد في الغصب ، ولأنها لا مماثلة بينها وبين عين الغصب لبقاء الأعيان وذهاب المنفعة (١) .

وذهب الأئمة الثلاثة الى أن الغاصب يضمن اجرة المثل عن المال المغصوب أو عطلها وقد أفتى المتأخرون من فقهاء المذهب الحنفي بمثل ما أفتى به الأئمة الثلاثة وذهبوا في ذلك فريقين :

أ) فريق يرى تضمين الغاصب اجرة المثل عن منافع المغصوب إذا كان مال وقف أو مال يتيم أو معداً للإستغلال ، على خلاف القياس وذلك لفساد الناس وجرأتهم على الغصب (٢) .

ب) فريق يرى أن تضمن منافع المغصوب مطلقاً في جميع الأموال لا في الوقف ومال اليتيم والمال المعد للإستغلال فقط ، لازدياد الفساد وفقدان الوازع الديني (٣) .

٤ ـ كان الطلاق الثلاث يقع واحدة على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر . فلما فسد الناس وأكثروا من حلف الطلاق وتتابعوا في ذلك أوقعه عمر ثلاثاً لا واحدة (٤) . وفي سنن أبي داود عن طاوس أن رجلاً يقال له أبو الصهباء كان كثير السؤال لابن عباس فقال « أما علمت أن الرجل كان إذا طلق امرأته ثلاثاً قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة على عهد رسول الله ﷺ وأبي

---

(١) الاختيار شرح المختار ٣ / ٦٤ .
(٢) انظر رد المحتار على الدر المختار ٥ / ١٤٢ ، الطبعة الاميرية .
(٣) انظر المدخل الفقهي للزرقا ٢ / ٩١٤ .
(٤) روى ذلك البخاري .

بكر وصدراً من إمارة عمر ، فلما رأى الناس قد تتابعوا فيها قال « أجيزوهن عليهم» قال ابن قيم الجوزية « والمقصود أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه لم يخف عليه أن هذا هو السنة ، وأنه توسعة من الله لعباده ، إذ جعل الطلاق مرة بعد مرة ، وما كان مرة بعد مرة لم يملك المكلف إيقاع مراته كلها جملة واحدة كاللعان ، فانـــه لو قال « أشهد بالله أربع شهادات أني لمن الصادقين كأنها مرة واحدة (١) » . وقد أخذت بعض البلدان الإسلامية اليوم بالرأي الأول في قوانين الأحوال الشخصية فلا توقع المحاكم الشرعية الطلاق الثلاث إلا واحدة ، وذلك لكثرة الحلف بالطلاق؛ وانتشار الفساد وتغير العرف .

٥ _ الأصل في المذهب الحنفي أن يسافرالزوج بزوجته حيث شاء إذا أقبضها معجل مهرها وتلزم بمتابعته ؛ ولكن المتأخرين قيدوا ذلك بما إذا كان السفر مأموناً وأمن السفر يعني الأمن على نفسها وعرضها وخلقهـــا من الفساد والذلة جـــاء في البزازية « وبعد إيفاء المهر إذا أراد أن يخرجها الى بلاد الغُرْبة يمنع من ذلـــك لأن الغريب يؤذي ويتضرر لفساد الزمان .

مـــا أذل الغريب ما أشقاه   كل يوم يهينـــه من يراه (٢)

وقد ذكر عن أبي الليث السمرقندي قال « ليس لهـــا السفر مطلقاً بلا رضاها لفساد الزمان لأنها لا تأمن على نفسها في منزلها فكيف إذا خرجت » . وقـد جعل الفقهاء ذلك راجماً الى اختلاف العرف ، ولو خف الفساد ، واصطلح الناس رجع الناس الى الحكم الاول ، جاء في الولواجية أن جواب ظاهر الروايـة (وهو الذي قال به أبو الليث) كان في زمانهم أما في زماننا فلا . وقال«فجعله من باب اختلاف الحكم باختلاف العصر والزمان (٣) ».فاذا كانت الفتوى في صدر الفقه الإسلامي على إلزام المرأة بمتابعة زوجها في السفر والغربة ، ثم صارت الفتوى عند المتأخرين على عدم إلزام المرأة بذلك ، فان الفتوى يمكن أن تتغير إذا تغير عرف الناس بقلة

---

(١) أعلام الموقعين ١ / ٣٣ .

(٢) حاشية ابن عابدين رد المحتار على الدر المختار ٢ / ٣٩٠ .

(٣) حاشية ابن عابدين ٢ / ٣٩٠ ، وانظر المدخل الفقهي ٢ / ٩١٤ .

فسادهم ، ومنشأ ذلك التوفيق في فهم قوله تعالى « اسكنوهم من حيث سكنتم » وقوله في آخر الآيات « ولا تضاروهن »فاذا كانت متابعة الزوجة لزوجها في سفره وانتقاله الى بلد آخر لا يضارها فتلزم بالسكنى معه حيث يسكن ، وإلا فلا . فاذا ثبت أن الاغتراب فيه مضارة للمرأة لم تلزم بالمتابعة كما هو عادة زماننا لفساد الناس (١) .

٦ ــ منع الفقهاء المتأخرون أن يقضي القاضي بعلمه الخاص في الوقائع مخالفين بذلك الأصل المتفق عليه في الفقه الحنفي من جواز أن يقضي القاضي بعلمه في واقعة شهدها بنفسه ، ويغني ذلك عن مطالبة الخصوم بالإثبات استناداً الى ما فعله عمر رضي الله عنه ، وذلك لفساد القضاة وغلبة الرشاوى ، وعدم اختيار القضاة بحسب الكفاءة والعفة والنزاهة ، وإنما بحسب الشهادة والمحسوبية . جاء في كتب الفقه «القاضي يقضي بعلمه في حد القذف والقصاص والتعزير ولا يقضي بعلمه في الحدود الخالصة لله تعالى ، والقاضي يقضي بعلمه في حقوق العباد إذا علمها في بلده المخصص للقضاء فيه على قول الصاحبين ؛ والمختار اليوم أنه لا يقضي بعلمه للتهمة (٢) » . واستثنوا من ذلك قضاؤه بعلمه في أمور التعزير والطلاق والغصب فله أن يحول بين الرجل ومطلقته وأن يضع المال المغصوب عند أمين الى حين الإثبات ، من باب الحسبة أي التدابير الاحتياطية حتى يثبت الأمر بالبينات .

جـ ــ تغير أفكار الناس وأوضاعهم وتأثرهم بالأوضاع والعادات الجديدة :

قد تتغير أفكار الناس نتيجة لتأثرهم بأفكار غيرهم واختلاطهم بهم ومطالعاتهم لكتبهم ، وقد تتغير أوضاعهم أيضاً تبعاً لهذه المخالطة ، ونتيجة لتلاحم الشعوب وتزاوجها واختلاطها ولا سيا عند الفتوحات والرحلات ، وقد حدث اليوم من

---

(١) تعرض علي حالات من الفساد بسبب ذلك لا تتصور ، ولا سيا من اولئك الشباب الذين لايبالون بالدين ولا بقيمه ، الذين يتزوجون بفتيات جميلات ويسافرون بهن الى بعض البلاد الاوروبية ، ويتاجرون بأعراض زوجاتهم جرياً وراء الطمع المادي ، أو يضعونهن في ظروف أو أماكن تجرهن الى الفساد .

(٢) حاشية ابن عابدين ٤ / ٣٩١ .

وسائل الإعلام وأساليب الاتصال العالمي ما جعل الإختلاط بين الناس ، وتأثرهم بعضهم ببعض ، وتقـارب أفكارهم ، ونقل بعضهم عن الآخر ، أكثر سرعة وأعمق تأثيراً من الأزمان الأولى ، فوسائل الإعلام الحديثة كالإذاعـة والتلفزيون والمطبوعات والصحافة والسينما وغيرها ، ووسـائل الاتصال المتطورة كالطائرات والصواريخ وغيرها ، دفعت الناس دفعاً إلى سرعة التأثر والتفاعل .

وذلك كله يؤثر على أعراف الناس، وينتقل هذا الأثر إلى الأحكام والقوانين، ولولا أن الإسلام تميز بوجود الخطوط العريضة ، والقواعد العامة ، والقيم العليا ، والأخلاق المحددة ، التي وضحها القرآن وبينتها السنة ، وهما نصان ثابتان لا يتغيران ، لأدى هذا التأثر إلى فقدان المميزات الذاتية للامـة الإسلامية ، على الرغم مما بذله الأجانب الذين احتلوا بـلادنا ، والمتأثرون بهـم وبعاداتهـم وافـكارهم ونظم حياتهم ومبادئهم .

على أن هناك مالا يمنع التأثر به في الأعراف ، والأخذ به من الأحكام ، إذا كان متعلقاً بوسائل الحياة وأسـاليبها ، ولهذا نجد كثيراً من الأحكام التي تأثرت بهذا التغير ومن الأمثلة على ذلك :

(١) كتابة أحاديث النبي ﷺ بعـد النهي عنها في زمنه ، فقد كان الصحابة رضوان الله عليهم يلازمون الرسول عليه السلام ، ويسمعون منه أحاديثه ، فيعي كل منهم ما يستطيع ، ويحفظ عنه ما أمكن وهـم يختلفون استيعابا وقوة حفظ ، وينقلـون مـا يحفظونـه إلى مـن لم يسمع مـن الصحابـة ثم التابعين وتنـاقل المسلمون ذلك ، عدلاً عن عدل ، وتابعياً عن صحابي ، وتابع تابعي عن تابعي وهكذا ، وكان الرسـول ﷺ ينهاهم عن كتابة ما يسمعون ، ولم يسمح إلا لعبد الله بن عمرو بن العاص ، ممـا يدل على أن النهي كان خشية أن يختلط حفظ الحديث على الصحابة مع حفظ القرآن ، وأن ينصرف الصحابة عن العناية بكتاب الله إلى العناية بالسنة ، وهو أولى بالعناية في صدر الإسلام ، فلما اطمأن المسلمون إلى تدوين القرآن ، وكتابة مصـاحف عثمان وتوزيعها في الأمصـار ، أمر الخليفة

الأموي عمر بن عبد العزيز عماله الأمصار بجمع الحديث وتدوينه ، كما جاء في كتابه إلى عامله في المدينة « أنظروا حديث رسول الله ﷺ فاكتبوه فإني خفت دروس العلم وذهاب أهله » وقد قام بالتدوين بعض العلماء في المدينة ثم الإمام مالك ثم تبعهم العلماء في الأمصار حتى كان أصح تدوين للسنة وأدقه تدوين الإمام البخاري وقد جمع الأحاديث الصحيحة عن رسول الله ﷺ وتبعه علماء الحديث وأصحاب السنن .

وقد كان هذا نتيجة تغير أوضاع الناس وأحوالهم .

(٢) لجأ الناس اليوم نتيجة لتطور أساليب الحياة ووسائلها ، إلى الإكتفاء في تسجيل قطع الأراضي لأصحابها ، أو نقلها من ملكية إلى ملكية ، بذكر أرقام القطع وأحواضها ، ورسم الخريطة ، وتحديد الحدود بالرسم المعماري الهندسي ، وأكتفي بنقل الملكية بتغيير الأسماء المالكين للقطع بالأرقام، وتوقيع أصحاب الشأن والشهود ، خلافاً لما كان عليه الناس من قبل من تحديد الحدود شرقاً وغرباً وشمالاً وجنوباً بذكر أسماء المالكين والاشهاد على ذلك ، وذكر كمال عقل البائع والمشتري إلى آخر السلسلة المعروفة في العقود القديمة وعدالة الشهود وأهلية المتبايعين .

(٣) الأصل في انعقاد النكاح أن يتحقق ركناه من الايجاب والقبول وأن يتم ذلك بشهادة الشهود أو إعلان النكاح من غير حاجة إلى تسجيل ولكن لما فسد الناس ، وخربت الذمم أوجبت المحاكم الشرعية تسجيل عقد النكاح عند القاضي أو نائبه ، أو المأذون ، ويعطى الزوجان وثيقة رسمية ، وذلك لتغير عرف الناس ، وتغير أساليب حياتهم .

(٤) جرى جمهور الفقهاء على أن التفريق بين الزوجين يتم إذا غاب الزوج غيبة منقطعة ، وقد حدد بعضهم الغيبة المنقطعة بموت أقرانه ، وبعضهم حددها بأربع سنوات،وقد جرى عرف الناس على ذلك في كثير من البلدان ، إلا أن الإمام مالك لما رأى فساد الناس ، قال بالتطليق إذا غاب سنة فأكثر بلا سبب مشروع منعاً للضرر عن المرأة .

(٥) الوصية للاقربين مستحبة لقوله تعالى « كُتِبَ عَلَيْكُم إذا حَضَرَ أحدَكم الموتُ إن تَرَكَ خَيْراً الوَصيَّةُ لِلْوالِدَيْنِ والأقْرَبِينَ حَقّاً على المُتَّقِينَ » وهذه الآية نسخت بالنسبة للوارثين بآية الميراث وهي قوله تعالى يُوصِيكُمُ اللهُ في أولادِكُمْ لِلذَّكرِ مثلَ حظّ الأنثَيَيْنَ » وبقوله ﷺ « الا ان الله قد أعطى لكل ذي حق حقه فلا وصية لوارث» (١) ، وقد جرى عرف الناس على أن يقوم الورثة بإعطاء أبناء أخيهم المتوفى من الميراث ، وأن يوصي الجد لأولاد ابنه المتوفى رأفة بهم ورحمة ، ولكن تغير الأوضاع ، وانتشار عرف الناس على حرمان أحفاد الجد ، وعدم اعطائهم له ، جعل بعض الفقهاء يقول بالوصية الواجبة في جعل الأحفاد يأخذون من ميراث جدهم مع وجود أعمامهم إذا مات أبوهم قبل وفاة جدهم أو جدتهم ، لمعالجة حرمان الأحفاد من ميراث جدهم أو جدتهم ولانصافهم ورفع الحيف عنهم . وذلك تغيير للحكم بناء على تغير العرف.

(٦) تبدأ عدة المرأة المطلقة على زوجها شرعاً عند صدور الحكم بالتفريق ، ويكون واجب التنفيذ فور صدوره من القاضي،إلا أن تغير أساليب الحياة وأوضاع الناس ، والتثبت من أحكام القضاة ، وضمان مصالح العباد جعل الحكومات الحديثة تجعل القضاء على درجتين أو ثلاث درجات بحيث لا يصبح الحكم نافذا إلا بعد أن تحكم محكمة التمييز ، وقبلها محكمة الاستئناف وفي الأردن مثلا جعل القضاء الشرعي على درجتين ١ ـ حكم القاضي ، وهو قابل للطعن فيه لدى محكمة الاستئناف ، ٢ـ حكم محكمة الاستئناف التي تنظر في القضية المستأنفة لديها ، وبالتالي فإن العدة لا تبدأ فور حكم القاضي ، وإنما عندما يكتسب الحكم الدرجة القطعية بتصديقه من محكمة الاستئناف الشرعية .

(٧) ومن ذلك قول الزوج لامرأته « كل حل عليّ حرام » قال محمد : لا يقع به الطلاق إلا بالنية بحسب العرف في بلاد العراق ، وقال مشايخ بلخ : أما في عرفنا فيريدون به تحريم المنكوحة فيحمل عليه ، فهو متعارف في الطلاق عندهم .

(٨) كانت العادة قديماً في بناء الدور أن تكون على طراز واحد وسعة واحدة في غرفها ، ثم اختلفت بعد ذلك طرزُ البناء ، فتبعاً لذلك اختلفت الأعراف

---

(١) رواه أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجة وأحمد .

واختلف الحكم في خيار الرؤية فرؤية غرفة واحدة من الدار أو شقة واحدة من شقق العمارة لا تكفي في الرؤية للحكم على بقية الغرف أو الشقق . ولذلك يفتى بضرورة رؤية جميع أجزاء الدار والشقق المنوي شراؤها أو استئجارها .

(٩) اكتفى الإمام أبو حنيفة في عدالة الشهود بالعدالة الظاهرة فيما عدا الحدود والقصاص ولم ير تزكيتهم استشهاداً بقوله عليه الصلاة والسلام « المسلمون عدول بعضهم على بعض » ولما غلب الفساد على الناس وقل الخير وفشا الكذب وتجرأ الناس على شهادة الزور ، قال الامامان أبو يوسف ومحمد بضرورة تزكية جميع الشهود ولا يكتفى بالعدالة الظاهرة والخلاف بينهم خلاف عصر وأوان ، والفتوى على قول الصاحبين في المذهب الحنفي .

ومن هنا يتضح أن الأحكام المبنية على الاعراف يمكن أن تتغير بتغير الأعراف وعلى ذلك كان رأي العلماء وإجماعهم ، قال الإمام القرافي في الفروق « تعتبر جميع الأحكام المرتبة على العوائد ، وهو تحقيق مجمع عليه بين العلماء لا خلاف فيه (١) » وقال : وعلى هذا القانون تراعى الفتاوي على طول الأيام فمهما تجدد في العرف اعتبره ، ومهما سقط أسقطه ، ولا تجمد على المسطور في الكتب طول عمرك بل إذا جاءك رجل من غير أهل اقليمك يستفتيك لا تجره على عرف بلدك واسأله عن عرف بلده وأجره عليه دون عرف بلدك والمقرر في كتبك . فهذا هو الحق الواضح ، **والجمود على المنقولات أبداً ضلال في الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين** (٢) » .

وجاء في الفواكه العديدة « فمن أفتى الناس بمجرد المنقول في الكتب على اختلاف عرفهم وعوائدهم وأزمنتهم وأمكنتهم وأحوالهم وقرائن أحوالهم ، فقد ضل وأضل ، وكانت جنايته على الدين أعظم من جناية من تطبب للناس كلهم على اختلاف بلادهم وعوائدهم وأزمنتهم وطبائعهم بما في كتاب من

---

(١) الفروق للقرافي ١ / ١٧٦ .
(٢) الفروق ١ / ١٧٦ .

كتب الطب على أبدانهم ، بل هذا الطبيب الجاهل والمفتي الجاهل أضر على أديان الناس وأبدانهم والله المستعان (١) » .

ويقول ابن عابدين « كثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله ، أو لحدوث ضرورة ، أو لفساد أهل الزمان، بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولاً للزم منه المشقة والضرر بالناس ، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد ، ولهذا ترى مشايخ المذهب خالفوا ما نص عليه المجتهد في مواضع كثيرة بناها على ما كان في زمنهم لعلمهم بأنه لو كان في زمنهم لقال بما قالوا به أخذاً من قواعد مذهبه (٢) » .

د ـ حدوث أوضاع تنظيمية من القوانين والاوامر والترتيبات الادارية وغيرها :

إن التطور العالمي في ميدان التقنية العلمية والتنمية الاقتصادية، والعلاقات بين الشعوب والدول ، ووجود مصانع كبرى وشركات مساهمة ، واتساع التجارة ، وقيام الغرف التجارية ، ونشأة علاقات مستجدة بين أصحاب العمل والعمال ، ووجود أوضاع حديث في كثير من ميادين الحياة ، اقتضى ذلك كله وضع قوانين مختلفة ، وتنظيمات ادارية متعددة ، أوجدت أوضاعاً من الحياة وأشكالاً من العلاقات ، غيرت عادات كثيرة للناس ، وأوجدت نوعاً من العرف العام أثر في الناس وأدى الى استنباط أحكام جديدة تتعلق بذلك ، فمن ذلك إلزام الناس بأن يحمل كل منهم جواز سفر لا يستطيع السفر الى خارج حدود البلاد التي هو منها إلا به ، وإلزام أصحاب السيارات على اختلاف أنواعها بالترخيص من دائرة الترخيص أو المرور، ولا يتم الترخيص إلا بالتأمين على السيارة تأميناً شاملاً أو ضد الغير وقد اقتضى هذا العلماء في أن يبحثوا فيموضوع التأمين وهل يجوز أو لا يجوز والأصل فيه أن لا يجوز لما فيه من شبهة المقامرة أو الرهان الممنوع ، ولكن جوزه بعض العلماء قياساً على عقد الموالاة ، أو الحراسة، أو بيع الوفاء الذي أباحه الحنفية

(١) الفواكه العديدة والمسائل المفيدة للشيخ أحمد بن محمد المنقور التميمي النجدي ٢/ ٣٣ طبع المكتب الاسلامي بدمشق .

(٢) نشر العرف لابن عابدين ٢ / ١٢٥ .

اعتماداً على العرف ، ونفوا أن يكون فيه غرر أو جهالة مقضية الى نزاع (١) .

ومن ذلك إباحة شركات المساهمة ، فقد رأى بعض الفقهاء المحدثين تحريمها لأنها تتناقض مع عقد الوكالة أو لأنها ليست عقداً أصلاً بين شخصين أو أكثر ، أو لأنها لا يوجد فيها الجهد البدني من المشتركين ، ولكن كثيراً من العلماء أباحوها نتيجة التطور التجاري ، ولأنها تقوم على التراضي وهو أصل في العقود ولتوافر شروط الشركات الإسلامية فيها ، وقيامها على الربح والخسارة (٢) .

شرح القواعد الشرعية في العرف

استعرضنا فيما سبق القواعد الشرعية التي تناولت العرف ،وهي تحتاج الى شرح يوضح معناها ، ويربطها بما ذكرنا من تفصيل في نظرية العرف،وكيف اعتمدها الفقهاء في إدراج كثير من الأحكام الجزئية تحتها ، وهي القواعد العامة ، ولا يمنع أن يكون في باب من أبواب الفقه قواعد خاصة به تعتمد العرف في ابتناء الأحكام الشرعية عليه .

وهذه القواعد هي :

١ ـ العادة محكمة

هذه القاعدة ورد ذكرها في كتاب الأشباه والنظائر للسيوطي ، وكتاب الأشباه لابن نجيم وكتاب الجامع ، ووردت في ثنايا الموضوعات الفقهية في كتب الفقه .

---

(١) انظر كتاب التأمين وموقف الشريعة الإسلامية منه للاستاذ محمد السيد الدسوقي نشره المجلس الإسلامي الأعلى للشؤون الإسلامية بمصر سنة ١٩٦٧ ، وكتاب التأمين في الشريعة الإسلامية والقانون للدكتور غريب الجمال ، والتأمين للاستاذ مصطفى الزرقا .

(٢) انظر كتاب الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي للدكتور عبدالعزيز الخياط ج ٢ ، ص ١٥٣ وما بعدها .

ومعناها أن العادة (يعني العرف) تجعل حكماً لاثبات حكم شرعي سواء كانت عامة أو خاصة .

وإنما يكون العرف حكماً لاثبات الحكم الشرعي إذا لم يكن نص مبني على العرف والعادة أو لم يوجد التصريح بخلاف العرف (كما في شرح السير للامام السرخسي)(١) . فاذا كان هناك نص غير مبني على العرف والعادة فيعمل بالنص ويترك العرف إذا خالفه ، لانه لا يترك العمل بالقوي وهو النص لأجل الضعيف وهو العرف ، وأما إذا كان النص مبنياً على العرف ، فان رأي أبي يوسف أن يرجح العرف ويؤول به النص كاستئجار الوالدة المرضع جائز عملاً بالعرف والأصل أنها ترضعه بغير أجر ، لقوله تعالى « والوالدات يرضعن أولادهن » كما أن الإجارة في الأصل فاسدة لجهل المنفعة ، وإنما جوزت عرفاً . وإذا كان هناك تصريح بخلاف العرف فيبطل حكمه ، وإيضاح ذلك لو قدمت المائدة بين يدي الضيف فان ذلك يكون إذناً ورخصة في الأكل من صاحبها بتحكيم العادة ، لكن إذا منعه صاحبها عن الأكل لساناً فيكون قد وجد التصريح بخلافها فيبطل حكمها (٢) .

والعادة (العرف) هنا يقسم الى (١) عرف عام ، وهو العرف الشامل غير مخصوص بطبقة من الناس ، أو العرف الجاري منذ عهد الصحابة الى يومنا هذا وقد قبله المجتهدون وعملوا به . (٢) وعرف خاص وهو اصطلاح طائفة مخصوصة على شيء كاستعمال علماء النحو لفظة الخفض على جر الاسم . (٣) وعرف شرعي وهو الاصطلاحات الشرعية ، كما يقسم العرف الى لفظي وقولي وقد شرحنا ذلك فيما سبق .

والعادة تحكم في جميع الشؤون بالشروط التي مرت معنا ولا سيما في المعاملات الجارية كتقسيط ثمن المبيع ودفع اجرة الغلام إذا حذق الصنعة عند معلمه ، وذلك إذا دفع رجل ولده الى صاحب صنعة بقصد تعلمها ، ولم يشترط

---

(١) الفرائد البهية في القواعد الفقهية تأليف السيد محمود حمزة طبع دمشق سنة ١٢٩٨ هـ صفحة ٢٥ .
(٢) الفرائد البهية صفحة ٢٥ .

أحدهما على الآخر اجرة ، وبعد أن تعلم الولد الصنعة طالب كل منهمـــا الآخر بالأجرة يعمل بعرف البلدة فاذا كانت الاجرة عرفاً على المعلم يجبر على دفعهـــا وإلا فيجبر الصبي على دفعها (١) .

٢ ـ استعمال الناس حجة يجب العمل بها

يعني أنه إذا وضع انسان يده على شيء وتصرف فيه ، ولم ينكر عليه أحد ذلك واستمر في هذا التصرف فان ذلك دليل على الملك ظاهراً ، واستعمال الناس يعد حجة في البلدة التي يحصل فيها إذا كان غير مخالف للشرع ، أو كان عرفاً مخصصاً لعموم النص كبيع الوفاء، وكما اذا استعان شخص بآخر على شراء مال وبعد وقوع البيع والشراء،طلب المستعان به أخذ الاجرة المثيلة أجبر المستعين على دفعها . وكما يقضي العرف برد الصحن المهدى به الى صاحبه بعد أخذ الهدية كما لو أُهدي فيه تفاح أو بلح أو طعام أو غير ذلك بخلاف ما إذا كـــان العرف يقضي اليوم بعدم رد الصحن إذا كان من صحون الورق أو البلاستيك الخفيف التي تستعمل لمرة واحدة أو لعدد قليل من المرات (٢) .

٣ ـ الممتنع عادة كالممتنع حقيقة

يعني أن مالا يصدق وقوعه عادة وعرفاً فهو في حكم الممتنع حقيقة ، وان ما يشبه المستحيل وقوعه عادة فهو كأنه مستحيل الوقوع حقيقـــة وعقلاً ، فمثلاً إذا ادعى من عرف بالفقر المدقع ديناً على غني فلا تسمع فيـه الدعوى لاستبعاد العرف وقوع استدانة الغني من هذا الفقير ، وكما لو أقر لفلان بأن له عنده ثوب في عشرة أثواب يكون إقراره بثوب واحد لا بعشرة أثواب لامتناع العرف بأن يجعل الثوب ظرفاً لعشرة أثواب ، فهو تمـــاماً كالممتنع عقلاً فلو ادعي شخص

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الاحكام لعلي حيدر / ٤٠١ .

(٢) درر الحكام شرح مجلة الاحكام ١ / ٤٢ تعريب فهمي الحسيني ، طبع بغداد .

بأن الجنين الذي في بطن المرأة قد استقرض منه مبلغاً أو باعه شيئاً فلا يقبل لاستحالة ذلك عقلاً وعادة (٢) .

وقد نقل ابن قيم الجوزية مثلاً لذلك عن مكرم بن أحمد قال : كنت في مجلس القاضي أبي حازم فتقدم رجل شيخ ومعه غلام حدث ، فادعى الشيخ عليه ألف دينار ديناً . فقال : ما تقول : قال : نعم ، فقال القاضي للشيخ ما تريد؟ قال : حبسه . قال : لا . فقال الشيخ : ان رأى القاضي أن يحبسه فهو أرجى لحصول مالي . فتفرس أبو حازم فيهما ساعة . ثم قال : تلازما حتى أنظر في أمركما في مجلس آخر . فقلت له : لم أخرت حبسه ؟ فقال : ويحك اني أعرف في أكثر الأحوال في وجوه الخصوم وجه المحق من المبطل ، وقد صارت لي بذلك دراية لا تخطىء ، وقد وقع إلي أن سماحة هذا بالإقرار عينُ كذبه ، ولعله ينكشف لي من أمرهما ما أكون معه على بصيرة ، أما رأيت قلة تقصيهما في المناكرة وقلة اختلافهما وسكون طباعهما مع عظم المال ؟ **وما جرت عادة الاحداث** بفرط التورع حتى يقر مثل هذا طوعاً عجلاً ، منشرح الصدر على هذا المال . قال. فنحن كذلك نتحدث إذ أتى الآذن يستأذن على القاضي لبعض التجار ، فاذن له ، فلما دخل قال : أصلح الله القاضي ،أني بليت بولد لي حدث يتلف كل مال يظفر به من مالي في القيان عند فلان ، فاذا منعته احتال بحيل تضطرني الى التزام الغرم عنه ، وقد نصب اليوم صاحب القيان يطالب بألف دينار حالاً ، وبلغني أنه تقدم الى القاضي ليقر له فيسجنه ، واقع مع أمه فيما ينكد عيشنا الى أن أقضي عنه . فلما سمعت بذلك بادرت الى القاضي لأشرح له أمره . فتبسم القاضي ، وقال لي : كيف رأيت ؟ فقلت : هذا من فضل الله على القاضي . فقال : علي بالغلام والشيخ ، فأرهب أبو حازم الشيخ ووعظ الغلام فأقر ، فأخذ ابنه وانصرفا (٣) .

---

(٢) المصدر السابق ١ / ٤٣

(٣) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن قيم الجوزية/ ٢٨ تحقيق حامد الفقي طبع مصر ١٩٥٣

٤ ـ لا ينكر تغير الاحكام بتغير الازمان

تتغير الأحكام المستندة إلى العرف والعادة بتغير أحوال الناس وعاداتهم في العصور المتعاقبة ، والأحكام الشرعيةالتي لا تبنى على العرف والعادة فلا تتغيربحسب أحوال الناس مثـل حكم الصلاة الفرضية ، وحكم الجهاد وحكم القاتل إلى آخر الأحكام ، أما الأحكام التي يؤثر فيها العرف فتتغير بتغير احتياجات الناس ، ومـا يطرأ عليهم من تغيرات كما شرحنا ذلك ، ومن الأمثلة على ذلك : مـا أوجبه الفقهاء المتأخرون من ضمان منافع المـال المغصوب العائد إلى الوقف واليتيم قطعاً لأطماع الناس ـ وقد فسدوا ـ في الاعتداء على أموال الأوقاف واليتامى . (١)

٥ ـ الحقيقة تترك بدلالة العادة

الحقيقة : هي اللفظ المستعمل فيما وضع له ، والمجاز هو اللفظ المستعمل في غير ما وضع له لقرينة مانعة من إرادة المعنى الحقيقي ، وقد يكون المجاز كناية أي يحتمل اللفظ المعنى الحقيقي والمعنى المجازي ولكنه إريد به لازم معناه وهو المعنى المجـازي مع جواز إرادة المعنى الحقيقي ، والقرينة التي تمنع من استعمال المعنى الحقيقي قـد تحول الـكلمة المجازية إلى حقيقة عرفية أي تصبح الـكلمة في اصطلاح المخاطب تؤدي إلى معنى معين كاسـتعمال لفظة الصلاة في المعنى الشرعي (٢) ، ولفظة الفاعل عند النحاة . وعلى هذا إذا اعتـاد الناس استعمال لفظ في معنى معين أعم أو أخص من المعنى الحقيقي ، أو خالفـوا به المعنى الحقيقي ودلت قرينة الاستعمال على هذه المخالفة ، فإن اللفظ ينصرف حينئذ الى المعنى المقصود ، ويترك المعنى الحقيقي لمـا دلت عليه عـادة الناس واستعمالاتهم لا سيما إذا كان المعنى الحقيقي مهجوراً ، وقد ذهب أبو حنيفة رضي الله عنه إلى أنه إذا كان المعنى الحقيقي مستعملا والمعنى

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر وترجمة فهمي الحسيني ٤٣ .

(٢) حاشية المنياوي على الجوهر المكنون في المعاني والبيان والبديع ١٣٥ ، ١٤٩ طبع القاهرة مطبعة التقدم سنة ١٣٤٨هـ .

المجازي كذلك فإعمال المعنى الحقيقي أولى خــلافا للصاحبين اللذين يريان أن إعمال المجاز أولى (١) ، وقد فصل التفتازاني في شرحــه على التوضيح بقوله « أن الحقيقة إذا كانت مهجورة فالعمل بالمجاز اتفاقا وإلا فإن لم يصر المجاز متعارفا أي غالبا في التعامل عند بعض المشايخ وفي التفاهم عند البعض فالعمل بالحقيقة اتفاقا ، وإن صار متعارفا فعنده (أي عند أبي حنيفة)العبرة بالحقيقة لأن الأصل لا يترك إلا لضرورة ، وعندهما (أي الصاحبين) العبرة بالمجاز لأن المرجوح في مقابلة الراجح ساقط بمنزلة المهجور فيترك ضرورة . وجوابه أن غلبة استعمال المجاز لا تجعل الحقيقة مرجوحة لأن العلة لا تترجح بالزيادة من جنسها فيكون الاستعمال في حد التعارض وهــذا مشعر بترجح المجاز المتعارف عندهما ســواء أكان عاملا متناولا للحقيقة أم .لا وفي كلام فخر الإسلام رحمه الله تعالى وغيره مايدل على أنه إنما يترجح عندهما إذا تناول الحقيقة لعمومه كما في مسئلة أكل الحنطة ، حيث قالوا إن هذا الاختلاف مبني على اختلافهم في جهة خلفية المجاز فعندهما لما كانت الخلفية في الحكم كان حكم المجاز لعمومه حكم الحقيقة أولى ، وعنده لمـا كان في التكلم كان جعل الكلام عاملا في معناه الحقيقي أولى » (٢) ، ومثـــال ذلك لو حلف لا يأكل من هــذا القمح أو لا يشرب من هذا النهر فعلى رأي أبي حنيفة لو أكل من الدقيق أو الخبز المصنوع من ذلك القمح أو شرب من إناء مملوء من ذلك النهر لا يحنث مـــا لم يشرب من النهر كرعا ويأكل من القمح حبا يقضمه ، أما رأي أبي يوسف ومحمد فانه يحنث سـواء أكل من القمح حباً أو طحيناً أو خبزاً ، وسواء شرب من ماء النهر كرعاً أو بإناء. وبهذا يتضح متى تترك الحقيقة ولا تستعمل إذا دلت العــادة والعرف على خلاف المعني الحقيقي (٣) .

٦ ـ العبرة للغالب الشائع لا للنادر

الشائع هو الأمر الذي يصبح معلومــاً للناس ومنتشراً بينهم ، وهو المعتبر في

---

(١) شرح التوضيح لمتن التنقيح لصدر الشريعة عبيد الله بن مسعود البخاري ١/٩٥ طبعة الحلبي .
(٢) حاشية سعد الدين التفتازاني (التلويح) على شرح التوضيح ١/٩٥ .
(٣) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/٤٥ .

العرف ، فإذا لم يكن معروفاً ذائعاً بينهم فلا يعتبر إذا لم يبلغ حد العرف الخاص ، فاذا بلغ حد العرف الخاص فيعتبر كما وضحناه مع ذكر الخلاف بين الأئمة فيه . وقد أثر العرف الشائع في الأحكام الشرعية كما في الحكم بتحديد سن البلوغ بثمانية عشر عاماً في البلدان الباردةوبخمسة عشر عامـــاًفي البلدان الحارة أو المعتدلة لأنه السن الشائع للبلوغ،وإن كان البعض يبلغ فوق ذلك أو أدنى من ذلك إلا انه نادر لاشائع فـــلا يعتبر . ومثل ذلك تعيين ســـن الحضانة للصبي والصبية فإنه مبني على الشائع المتعارف في إمـــكانية استغناء الصبي بنفسه واستقلاله في العناية بشئونه في الملبس والمأكل والاستحمام وغيرها ، واستغناء الفتاة إذا صار عمرها تسع سنوات وقد رأى المشرعون تعديل ذلك بحيث تستمر الحضانة للاولاد إلى حـــد البلوغ نظراً لفساد الناس ، وتغير العرف . ومن ذلك تحديد الوقت الذي يحكم فيه بموت المفقود بوفاة أقرانه وكم هو السن الذي يتوفى فيه الإنسان عادةهل هوالتسعون عاماً أمهو أقل ، فقد كان الشائع الغالب هو التسعينولكن الإحصائيات اليوم تدل على أنه في الخامسة والسعين بناء على الشائع الغالب . والنادر ليس له حكم يعم ، فيحكم بحالته كما في حالة اختلاف العادة عند المرأة ، أو حكم الوضوء لمن له رعاف مستمر فإنه يتوضأ لكل وقت ، وهذا حكم الندرة لا حكم الشيوع .

٧ ـ انما تعتبر العادة اذا اضطردت أو غلبت

سبق وبينا أن من شروط اعتبار العرف أن يكون مضطرداً أو غالباً وبينا أن معني الاضطراد عـــدم التخلف ، وأن معنى الغلبة أنهـــا لا تتخلف على الأكثر ، والشيء انما يحمل على العرف والعادة الموجودة وقت التلفظ على أن لا يحمل الشيء الذي وضع قبلا على عرف حدث مؤخراً أي ينبغي أن يكون العرف المضطرد أو الغالب سابقاً أو مقارناً ولا يحمل على عرف طارىء متأخر . وإذا كان العرف غير مضطرد ولا غالب فلا يعتبر عند الجمهـــور ، ومـــن اعتبره جعله مقيداً بأن يكون مضطرداً أو غالباً في البلدة التي يـــكون فيها أو بين فئـــة التجار أو المزارعـــين أو النقابيين فيما هو من شئونهم وقد ضرب الفقهاء مثلا للاضطراد أو الغلبة بجهاز

العروس فهو إنما يكون حسب العرف المضطرد أو الغـالب ، واعتبر كل فئة من الناس بحسبها فجهاز العروس في القرية يعتبر العرف الغالب عند القرويين بخلاف جهاز العروس في المدينة فانه يعتبر بالعرف الغالب عند سكان المدن . (١)

وهذه القاعدة مع مـا سبقها من قاعدة « العبرة للغالب الشائع لا للنادر » من القواعد التي تعبر عن شرائط الأخذ بالعرف (٢) .

٨ ـ المعروف عرفا كالمشروط شرطاً

٩ ـ العرف بين التجار كالمشروط بينهم

هـاتان القاعدتان بمعنى واحد وإن كانت الأولى تعم جميع الناس ، والثانيـة خصصت الأمر بطائفة من النـاس وهم التجار ، ومثلها قاعدة « التعيين بالعرف كالتعيين بالنص » ، وقاعدة « الثابت بالعرف كالثابت بدليل شرعي » وقـاعدة « الثابت بالعرف كالثابت بالنص » من القواعد التي تبين مدى سـلطان العرف العملي وتأثيره في الأحكام الشرعية .

ومعناها أن ما عرف بين الناس واشتهر ، وجرى تعاملهم عليه ، أو ما عرف بين التجار وجرى تعاملهم عليه ، ولم يكن ثمة نص يعارضه أو يقيده ، وإنمـا في الأمور التي لا نص فيها ، يحكم العرف فيها ، ما لم يكن ثمة تصريح بخلافه ، أوشرط منصوص عليه ، فإذا لم يكن قام العرف مقام التصريح ، وحل محل الشرط فكان كالتصريح والشرط . مثال ذلك لو أجر رجل عاملا من غير تحديد الأجرة ، يجبر صاحب العمل على دفع الأجرة المتعارف عليها ، ولو سكن رجل داراً من غير أن يتفق مع صاحب الدار على أجرة يدفع الأجرة المماثلة المتعارف عليها ، ولو اشترى

---

(١) انظر الدرر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/٤٥ .

(٢) المدخل الفقهي للزرقا ٢/٩٨٤ .

بضاعة من بلد أجنبي على أن تشحن له إلى ميناء جدة ، ولم يوضح على من تكون أجرة الشحن يتبع العرف المشهور بين التجار ويحكم كأنه شرط (١) .

١٠ ـ التعيين بالعرف كالتعيين بالنص

١١ ـ الثابت بالعرف كالثابت بدليل شرعي

يعني أن ما عينه العرف في أمر مالم يرد فيه نص شرعي ، وتعامل الناس على أساسه واشتهر فيما بينهم ، أصبح له حكم التعيين بالنص ، وقوة النص في فض الخصومات، ومثال ذلك ما لو أعار رجل سيارته لآخر ليركبها فسلك بها في طريق تؤدي إلى تلفها يغرم لانه ليس له أن يسير بها في غير الطرق المعتاد السير فيها .ولو استأجر سيارة شحن ليحمل عليها فليس له أن يزيد في الحمولة عما هو مقرر معتاد ، ولو وُكل شخص ببيع شيء وكالة مطلقة فله أن يبيع ذلك المال بثمن معجل أو مؤجل إلى الأجل المتعارف عليه بين التجار ولا يجوز أن يبيعه لأجل أكثر من المعتاد (٢) ، وكذلك ما كان ثابتاً لدى الناس عرفاً ، ومستقراً لديهم في شؤونهم ومعاملاتهم فإنه يعتبر في قوة الثابت بالدليل الشرعي ، وذلك ـ كما وضحنا ـ فيما لا نص شرعي فيه ، أو لم يدل عليه النص الشرعي ، وفيما إذا لم يتعارض مع الإتجاه العام للشريعة الإسلامية ، ومثال ذلك ما تعارف الناس على دفعه لصاحب الدكان أو الدار من افتتاحية سكني المحل ، ويسمى « الإفتتاحية » أو ما يأخذه مستأجر من آخر يريد أن يحل محله في استئجار الدكان أو الدار مما يسمى « بخلو الرجل » فهو ثابت بالعرف ، فيكون له في قوة الثبوت قوة الثابت بالدليل الشرعي .

هذا شرح موجز لأهم القواعد الكلية في العرف أفردناها بالشرح للتوضيح مع أن البحث كله انتظمها في عرض النظرية .

---

(١) شرح المجلة لعلي حيدر ١ / ٤٦ .

(٢) المصدر السابق ١/٤٦ .

أبحاث
من الفقه وأصوله بنيت على العرف

هناك أبحاث وموضوعـات أصولية وفقهية كاملة بنيت على العرف ، وعدل بهـا عن القياس إلى غيره استحساناً ، وذلك للتعامل المتعارف عليه عند الناس ، وحاجتهم إلى هذا التعامل تحقيقاً للمصلحة ، والاستحسان والمصالح المرسلة كثيراً ما تبني على العرف العام الذي جرى عليه المسلمون،وها أنا أستعرض عدداً من أبحاث الفقه أو أصوله مما كان للعرف أثر كبير في استنباط أحكامه في المذاهب الأصولية والفقهية في إيجاز نقتصر فيه على بيان الأحكام العامـة دون الدخول في فرعيـات الأحكام لأن موضع ذلك الفقه لا البحث في النظرية .

الاستحان

الاستحسان عند الإحناف دليل ينقدح في عقل المجتهد يقتضي ترجيح قياس خفي على قياس جلي . وهو يقتضي الإباحة في مقابل ما يقتضيه القياس من الحظر ، ولذلك جعله الأحناف دليلاً شرعياً فرعياً فقالوا : نأخذه بالاستحسان ما استقام. يعني أن الاستحسان قياس خفيت علته بالنسبة إلى قياس ظاهر متبادر (١) ، والعلة كثيراً ما تكون تعامل الناس وعرفهم في هذا التعامل وحاجتهم إليه .

ومن هنـا كان بعض أنواع الإستحسان وهو استحسان الضرورة مبنياً على العرف عند الحنفية فاتخذ دليلاً يعدل به عن دليل آخر فمثلا بيع المعدوم غير جائز ، وعلى هذا فالقياس يوجب منع بيع السلم أو الاستصناع ولكنها جازت استحساناً ، ومن ذلك الحكم بنجاسة ما تقع فيه النجاسـة إلا أن الفقهاء قالوا بطهارة الحياض والآبار استحساناً مبنياً على العرف . (٢)

والاستحسان عند المالكية شبيه بالاستحسان عند الأحناف وهو إيثار مقتضى

---

(١) أصول الفقه للخضري /٣٦٧ .
(٢) أنظر بدائع الصنائع للكاساني ١١٣/١ .

الدليل على طريق الاستثناء والترخيص لمعارضة مـــا يعارض به في بعض مقتضياته» وقد جعل ابن العربي من أئمة المالكية ترك الدليل أربعة أقسام : فهو يترك للمصلحة، ويترك للتيسير ورفـــع المشقة ، ويترك للاجماع ، ويترك للعرف (١) والأخـــير هو الاستحسان المبني على العرف كتضمين الصناع المؤثر في الأعيان بصنعتهم (٢) ،وعدم اعتبار الربا في المقادير القليلة لتفاهتها ،وقد قال أصحاب مالك عن هذا الاستحسان هو « تسعة أعشار العلم » (٣) وقد قال بمثل هذا الاستحسان كثير من العلماء .

وقـــد ذكر الشوكاني عن بعضهم « أنه العدول عن حكم الدليل إلى العادة لمصلحة النـــاس فقالوا إن كانت العـــادة هي الثابتة في عصر النبوة فقـــد ثبت بالسنة وإن كانت هي الثابتـــة في عصـــر الصحابة من غير إنـــكار فقد ثبت بالأجماع » (٤) وعلى هذا فهو حكم قام على العادة .

الاستصحاب

يعتمد الاستصحاب في بعض أحكامه على العرف فإن معناه استدامة ما كان ثابتاً أو نفي ما كان منفياً ، أي بقاء الحكم الثابت نفيـــاً أو إثباتاً حتى يقوم دليل على تغيير حـــالته (٥) أو هو اعتقاد كون الشيء في الماضي أو الحاضر يوجب ظن ثبوته في الحال أو الاستقبال « كما عرفه القرافي (٦) فاعتبار مـــا كان عليه الأمر أو الحكم فيما مضى مستمراً إلى حال المتكلم ما لم يصادم نصاً أو يقوم ما يدل على اعتباره فاســـداً لا يعمل به ، يستمر العمل به . وهذا الاستصحاب يعد حجة عند المالكية والحنابـــلة وأكثر الشافعية والظاهرية عند عدم الدليل،وقد قال به الحنفية إذا كان

(١) الاعتصام للشاطبي ٢/٣٢٠ .
(٢) تنقيح الفصول للقرافي /٢٠٣ .
(٣) الموافقات للشاطبي ٤/١١٨ .
(٤) ارشاد الفحول للشوكاني /٢٤١ طبعة البابي الحلبي بمصر .
(٥) اعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم الجوزية ١/٢٦٤ .
(٦) تنقيح الفصول للقرافي /١٩٩ .

للدفع لا للرفع ويعبرون عنه باستصحاب الحال(١) ، سواء أكان عرفاً أو وصفاً مثبتاً للحكم مثل استصحاب اليقين في الطهارة .

المصالح المرسلة

هي المصالح التي لم يشهد لها من الشرع بالبطلان ولا بالاعتبار نص معين ، وترجع إلى حفظ مقصود شرعي يعلم كونه مقصوداً بالكتاب أو السنة أو الإجماع(٢) والمصلحة ما به قوام الحياة من المنافع ورفع المضار ، وليس معنى المصلحة قياس الامور بالمنفعة (كما يذهب الى ذلك علماء الاخلاق) ولكن المصلحة وردت في الشرع ، وتؤخذ عند الشافعي بالقياس ، وعند الأحناف بالقياس والاستحسان ومالك يرى أن المصلحة أصل في الفقه ، وأحكام الشرع جاءت بالمصلحة لكنها قد تعرف بالنص وقد تطلب من النص العام ، كما في قوله عليه الصلاة والسلام « لا ضرر ولا ضرار » وقوله تعالى « مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ في الدِّينِ مِنْ حرجٍ »(٣) مثل ضرب المتهم ليقر بالمسروق، وزواج إمرأة المفقود بعد أربع سنين من انقطاع خبره لترجيح مصلحة الزوجة ، وإعتداد المرأة المطلقة التي يمتد طهرها بثلاثة أشهر فوق مدة الحمل لئلا تتضرر بطول العدة . (٤)

وكل أمر فيه جهة نفع وجهة ضرر ، ويحدد غلبة النفع أو الضرر العرف فإن كانت جهة الضرر غالبة فهو مفسدة بالمعنى العرفي ، وإن كانت جهة النفع غالبة فهو مصلحة بالمعنى العرفي . (٥)

والدواعي للاعتماد على المصالح المرسلة دليلاً فرعياً قد تكون جلب المصالح ، وقد تكون درء المفاسد وقد تكون سد الذرائع أي منع الوسائل والطرق المؤدية

---

(١) ارشاد الفحول إلى علم الأصول للشوكاني /١٣٧ .
(٢) تاريخ التشريع الاسلامي /٢٦٤ .
(٣) الإمام مالك ، للشيخ محمد أبو زهرة ٢٩٢ .
(٤) الموافقات للشاطبي ٢ ١٦ وما بعدها وتفسير المنار ١٩٤/٧ .
(٥) المدخل الفقهي للزرقا ٩٥/١ الطبعة التاسعة .

إلى الوقوع في المحرم أو إهمـــال الشريعة ، وقد تكون لغير الزمـــان أي اختلاف أحوال الناس وأوضاعهم . (١)

والمصلحة المرسلة التي تبنى على إختلاف أوضاع الناس وأعرافهم وتقاليدهم هي المصلحة المرسلة المبنية على العرف .

وقد حدثت أعراف كثيرة نتيجة إختلاف وســائل الحياة من نشوء المصانع الكبرى واكتشاف الكهرباء ، والسيارات ، والطيــارات ، واختراع التلفزيون والإذاعة ، وتنوع وسائل المعيشة ، وإتساع المدن وبناء العمارات الكبيرة ، وتشابك المصالح ، مما أنشأ تقاليد وأعرافاً جديدة تقتضي أن تبنى المصالح المرسلة عليها ، وعلى سبيل المثال ، إنشاء المؤسسات الاجتماعية مثل حضانة الأطفال نظراً لأن كثيراً من العاملات تضطر إلى الذهاب للعمل ولا تجد من يرعى طفلها فتدفعه إلى مؤسسة حضانة لتعهده حــال غيابها في العمل ، وإنشاء دور الأيتام نظراً لرعايتهم نظـــراً لإنشغال الناس أو ضعف الوازع الديني في ضم الأيتام إلى الأسر ، وإنشاء ديــوان الموظفين للعناية بشئون الموظفين والنظر في تعيينهم وترقياتهم وأحوالهم وغيرهـا : يقول الشيخ محمد فهمي أبو سنة عن المصلحة العرفية والإجماع السكوتي « لأنهما معظم ما يرجع إليه العرف » . (٢)

على أن الأمر المتعارف إنما يعمل به في المصالح المرسلة إذا بلغ الحرج الشديد وعمت به البلوى وأصبحت الحاجة ماسة إلى العمل به بحيث لا يمكن الإنفكاك عنه ، حتى لا يفتح الباب على مصراعيه فيغلب على الناس استباحة ما لم يأذن به الله فيعم الفســـاد . (٣)

ومن الأمثلة على اســتعمال المصالح المرسلة المبنية على العرف والتي عمل بها الفقهاء للحاجة الاستماع إلى شهادة التسامح في إثبات النسب ، والوفاة ، والدخــول بالزوجة ، والوقف والولاية وغيرها لأن الأصل في الشهادة أن تكون معاينة بالذات

---

(١) المدخل الفقهي ١/٩٧ .

(٢) العرف والعادة عند الفقهاء ٩٦ .

(٣) العرف والعادة للشيخ أبو سنة ٩٨ .

للمشهورين لا بالسماع (١) . وقبول شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال عادة كالجرائم التي تقع في الحمامات وشهادة القابلة على الولادة وتعيين الولد على النزاع.(٢)

المـــال

المال شرعاً كل ما يمكن حيازته والانتفاع به على وجه معتاد أو هو إسم لما يباح الإنتفاع به حقيقة وشرعاً (٣) وقد أدخل الشافعية والمالكية المنافع في تعريف المال ، فما لم يمكن حيازته لا يعتبر مالاً وإن أمكن الإنتفاع به كالهواء وضوء الشمس وحرارتها ، فإن أمكن حيازته عد مالاً كالحيوان في الفلاة والسمك في البحر والطير في الجو . (٤)

والعرف هو الذي يحدد ما يعد مالاً شرعاً ومالا يعد ، واختلاف الفقهاء فيما يكون مالاً أو لا يكون ، هو خلاف اجتهادي مبناه على العرف . ولذلك نرى الحنفية يعرفون المال بأنه « ما يمكن إدخاره لوقت الحاجة » (٥) وعلى تعريفهم هذا لا يكون المال إلا مادة حتى يتأتى إحرازه ، ويترتب على ذلك أن منافع الأعيان كسكنى المنازل وركوب السيارات ولبس الثياب لا تعد مالاً لعدم إمكان إحرازها ، ومثلها الحقوق كحق الحضانة وحق الولاية وحق الإختراع وحق المؤلف وغيرها .

وذهب الشافعية والمالكية والحنابلة إلى أن المنافع أموال اذ ليس من الواجب في المـال عندهم امكان إحرازه بنفسه بل يكفي أن تمكن حيازته بحيازة أصله ومصدره ، والمنافع يمكن أن تحاز بمحالها ومصادرها ، فإن من يستأجر بيتاً فيدخل فيه ويسكنه يكون قد حازه ذاتاً فمنع غيره من الإنتفاع به ، ومن استأجر سيارة فإنه يكون قد حازها فمنع غيره من الإنتفاع بها . (٦)

---

(١) انظر المادة ١٦٨٨ من مجلة الأحكام الشرعية وشروحها .
(٢) رد المحتار على الدر المختار ٣٧٥/٤ .
(٣) بدائع الصنائع للكاساني ٢٩٤/٦ نشر زكريا علي يوسف وطبع القاهرة .
(٤) مختصر أحكام المعاملات الشرعية للشيخ علي الخفيف ٣ وكتاب المعاملات لأحمد أبو الفتح ٢٧/١ .
(٥) كتاب المعاملات ٢٧/١ .
(٦) مختصر أحكام المعاملات للخفيف ٤ .

واعتبار المنافع أمـــوالاً أوجه الرأيين لأنه المتفق مع عرف الناس ونظرتهم الى المال ، وقد بنى الشافعية والمالكية والحنابلة رأيهـــم على عرف الناس في النظرة الى المال .

المال المتقوم وغير المتقوم

يقسم المال الى قسمين :

١) متقوم .   ٢) غير متقوم .

فالمال المتقوم ما حيز وجاز الانتفاع به في حال السعة والاختيار . أو هو مـــا كان له قيمة يضمنها متلفه عند اعتدائه عليه ، والمراد بحال السعة والاختيار الحال التي لا يكون فيها الإنسان مضطراً إلى الانتفاع به كاضطراره للإنتفاع بالخمر أو لحم الخنزير وهي لا تعد مالا متقوماً في نظر الشريعة الإسلامية .

والمال غير المتقوم ما لم يتوافر فيه الحيازة وجواز الانتفاع بـه في حال السعة والاختيار أي ما لم تتوافر فيه شروط المال المتقوم كالمال المباح الذي لا مالك لـــه بخصوصه كالسمك في البحر والذهب في المنجم والطير في الهـــواء والنفط تحت الأرض ، فإنه مال غير متقوم في نظر الفقهاء ولا يتقوم إلا بالحيازة والانتفاع به ، والخمر والخنزير والميتة مال لا يجوز الانتفاع بها في نظر الاسلام فهي مال غير متقوم لا يلجأ إليه الا حال الاضطرار .(١)

والملاحظ من تحديد المال المتقوم وغير المتقوم وأن المال المتقوم يضمن متلفه عند تعديه عليه لأن له قيمته ، ولا يضمن في المال المتقوم ، وأن المال المتقوم يصلح لأن يكون محلاً للمعاوضة بحيث يكون مبيعاً وثمناً ويصح أن يوهب وأن يوصى به وهكذا والمال غير المتقوم لا يصلح أن يكون محلاً للمعاوضة . الملاحظ من ذلك أن هذا التحديد إنما قام على العرف في كثير من أحكامـه ، باستثناء ما نص الشرع على

(١) أنظر مختصر أحكام المعاملات للشيخ علي الخفيف / ٤ .

أنه مال مباح أو لا يجوز الانتفاع به ، ومنه أيضاً ما يحدد به معنى المال التافه وغير التافه ، فلو تتبعنا أعراف الناس لرأينا أن ما كان يعد تافهاً كالفراشات والحشرات والأفاعي والهوام أصبحت لها قيمة اليوم فتدخل في معني المال المتقوم ، وان المال المباح تغيرت نظرة الناس إليه فهو وإن كان ملكاً عاماً إلا أنه مال متقوم ، والدول اليوم تحصي ثرواتها العامة وتقدرها بملايين الدنانير أو ببلايينها بناء على قيمتها فالسمك في المياه الإقليمية والطيور التي تعيش في أجواء البلد المحدد المعالم ، والحيوانات في أراضي الدولة وغاباتها ، والنفط في أعماق أرضها ، والفوسفات والبوتاس والملح والذهب والفضة واليورانيوم وأمثالها مما هو ملك عام أصبحت ذات قيمة ضخمة ولذلك تعد مالاً متقوماً ، فلو اعتدى أحد عليها أو نهب منها غرم وعُزِّر .

وهذا الحكم يسري على تحديد القيمي والمثلي في الأموال ، فالقيمي ما تتفاوت آحاده تفاوتاً يعتد به أو لا تتفاوت ولكن لا نظير له في الأسواق ، وتشمل الحيوانات والبناء والأشجار ، وعروض التجارة المختلفة الجنس ، والعدديات المتفاوتة تفاوتاً يعتد به كالبطيخ ، وما انقطع من الأسواق فلم يعد له مثيل .

والمثلي ما لا تتفاوت آحاده تفاوتاً يعتد به وله نظير في الأسواق ، ويشمل المكيلات والموزونات مثل القمح والذهب والبن والحبوب والصابون وغيرها ، والأعداد المتقاربة كالبيض والبرتقال ، وعروض التجارة المتحدة الجنس كالمعالق والثلاجات من صنف معين والسيارات من علامة وسنة واحدة ، والقمصان من جنس وتفصيل واحد وهكذا . (١)

وتحديد ذلك إنما تأثر بالعرف القائم والواقع الموجود ، ولو اختلف العرف في ذلك لاختلف ما يندرج تحت المثلي أو القيمي .

---

(١) يرجع في هذا الى حاشية ابن عابدين ج ٤ والبحر الرائق ج ٢ وحاشية الحموي على الاشباه ج ٢ وحاشية الدسوقي ج ٣ نقلا عن كتاب « الملكية في الشريعة الاسلامية للدكتور عبد السلام العبادي ١٨٩/١ ـ ١٩٠ والمعاملات لأحمد أبو الفتح ٢٩/١ .

حقوق الارتفاق

الحق صفة شرعية يقتدر بها الانسان على التصرف والانتفاع بالاعيان المالية تصرفاً مشروعاً (١) أو هـو « اختصاص مظهر فيما يقصد له شرعاً (٢) وهو ينقسم إلى ثلاثة أقسام بحسب التعريف الأول :

(١) حـق ملك الشيء ذاتاً ومنفعة وهو الذي يجعل لصاحبه حق التصرف المطلق فيما يمكن ذاتاً كالأراضي العشرية ، ومنفعة كالأراضي الخراجية .

(٢) حق الارتفاق بالشيء كالاجارة والوقف والاعارة والوصية وغيرها .

(٣) حق الارتفاق وهو ملك ناقص لأن صاحبها لا يملك التصرف المطلق .

وبعض حقوق الانتفاع وحقـوق الارتفاق أخذ العرف بعين الاعتبـار في استنباط الأحكام الشرعية المتعلقة بها ، فاباحـة الاجارة وصحة وقف الأشـياء المنقولة وكثير من أحكامها وحق الشرب والمجرى والمسيل والمرور والتعلي وغيرها بنيت معظم أحكامها على العرف .

والارتفـاق شرعاً حـق مقرر على عقار لمنفعة عقـار لشخص آخر (٣) وهو أنواع :

أولها : حَقَ الشرب (بكسر الشين) والشرب لغة : الحظ والنصيب من المـاء قال الله تعالى « قال هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم » وفي الآية دلالة على جواز قسمة الشرب بالأيام ، وشـرعاً :**حق الشرب والسقي** (٤) وحـق

---

(١) المعاملات لأحمد أبو الفتح ١/ ٣٠ .

(٢) كتاب طريقة الخلاف بين الشافعية والحنفية للقاضي أبي علي الحسين بن محمد ، مخطوط بدار الكتب المصرية . نقلا عن الملكية في الشريعة الاسلامية للدكتور العبادي ١/ ٩٦ .

(٣) مرشد الحيران لقدري باشا الماده ٣٧ صفحة ١٠ المطبعة الاميرية بالقاهرة سنة ١٩٣٨ .

(٤) بدائع الصنائع للكاساني ٨/ ٣٨٣٨ .

الشرب تبــع للأرض ، وهو حق أجــازه الشرع بناء على العرف قال الموودي « وبعث رسول الله ﷺ والناس يفعلونه فأقرهم عليه وتعامله الناس إلى يومنا هذا من غير نكير ، وهو قسمة الحق دون الملك لأن الملك غير مملوك في النهر » (١)

وهــو قسمة الماء بالتناوب بين الشركاء في الأرض من المياه الصالحة لسقي الأواضي والحيوانات من الأنهار العظيمة وهو الشرب العام ، أو من مياه الأنهــار المملوكة وهو الشرب الخاص، وقد بنيت الأحكام الشرعية الفرعية في تنظيم الشرب الخاص والعام على الأعراف القائمة ، وقد تختلف من بلد لبلد ، أو من قطر لقطر ، فتغير الأحكام الشرعيــة بناء على ذلك كما حصل للإمــام الشافعي في مذهبــه القديم والجديد .

وقد أجــاز الأحناف دعوى الشرب بغير أرض استحساناً مبنياً على العرف لجواز أن يكون الشرب حقاً له بدون الأرض بأن اشترى الأرض والشرب ثم باع الأرض وبقي الشرب أو ورثه (٢) .

والسقي المعتــاد يحتاج إلى العرف لتوضيحه وتحديده ، وهو الذي لا يترتب عليه ضمان التلف إذا سالت إلى أرض غيره .

ثانيها : حق الشَّفة : هو حق الشُّرب (بضم الشين)

وهو يكون عادة للإنسان والحيوان بالشفة ، **ويراد به حاجة الانسان الى الماء لشربه ولشرب دوابه والانتفاع المنزلي به** (٤) وأحكامه الشرعية الفرعيــة المنظمة كثيراً ما تبنى على عرف الناس وعاداتهم فما كان من المياه عاماً غير مملوك لأحد وما كان من الأنهار الخاصة فالشفة حق لكل إنسان، وما كان من المياه محرزاً في بئر أو عين خاصة فالشفة باذن صاحبه إلا أن لا يجد الناس المــاء للشرب . وقد بيَّن عمر رضي

(١) الاختيار شرح الاختيار للمودودي ٦٩/٣ .
(٢) الاختيار شرح المختار ٧٠/٣ .
(٣) الاختيار ٧٩/٣ .
(٤) مختصر المعاملات للخفيف ١٩ .

الله عنه حق الناس في الشرب من الماء المملوك خاصة بما روي أن قوماً وردوا ماء فسألوا أهله أن يدلوهم على البئر فأبوا ، فسألوهم أن يعطوا دلواً فأبوا . فقالوا لهم : ان أعناقنا وأعناق مطايانا قد كادت تنقطع فأبوا أن يعطوهم . فذكروا ذلك لعمر رضي الله عنه فقال : « هلا وضعتم فيهم السلاح (١) » .

ثالثها : حق المجرى :

ويراد به حق إجراء الماء في أرض الى أرض أخرى لسقيها ، وهذا المجرى إما أن يكون ملكاً لصاحب حق المجرى، وقد يكون ملكاً لصاحب الأرض التي هو فيها ، وليس لصاحب الأرض منع مرور الماء من هذا المجرى أو نقله لمكان آخر إلا برضا صاحب الحق ، وأحكام حق المجرى تعتمد على العرف في بيان الضرر الذي يصيب صاحب الأرض بسبب نز جانبي المجرى ، وبيان مقدار التلف إذا أصيب به الزرع أو الأرض بسبب هذا النز،ويستتبع حق المجرى حق مرور المنتفع لإصلاحه وكربه وإزالة ما يعوق سير الماء فيه ، والعرف هو الذي يحدد مقدار المرور والحدود التي يمر منها ، وقد جرى العرف على منع صاحب المجرى من الزراعه على حفافيه لصالحه ، وعليه الحكم الشرعي المجتهد إلا إذا رضي صاحب الأراضي (٢) .

رابعها : حق المسيل :

وهو حق إسالة المياه أي تصريفها في ملك غيره لتصل الى المصارف العامة سواء أكان ذلك بأنابيب أو مجرى سطحي . والفرق بينه وبين حق المجرى ان حق المجرى لاسالة الماء الصالح وحق المسيل لتصريف الماء الزائد عن الحاجة ، وكثير من أحكام المسيل تبتني على العرف لمعرفة ما هو المسيل المعتاد المتعارف عليه والى أي حد يستفيد صاحب حق المسيل من هذا الحق، ومن يقوم باصلاح المسيل، وعلى من تجب نفقات الإصلاح ، والحكم في تحديد مقدار الضرر الذي ينال صاحب

---

(١) الاختيار شرح المختار ٣/ ٧١ .

(٢) مختصر أحكام المعاملات الشرعية لعلي الخفيف / ٢٢ .

الأرض من هذا المسيل ، كل هذا بني على الأعراف المتبعة التي يعتمد عليها المجتهد في استنباط الحكم الشرعي أو القاضي في الحكم (١) .

خامساً : حق المرور

وهو أن يثبت لشخص حق السير في ملك غيره ليصل الى ملكه سواء أكان هذا الملك داراً أو أرضاً زراعية ، ومن ثبت له هذا جاز أن يستوفيه كما ثبت له لا أكثر (٢) ، وليس لصاحب الملك منعه من استيفاء هذا الحق إلا إذا تعدى الحق فيه ، والتعدي إنما تحدده الحاجة والعرف ولا يجوز لأحد أن يحدث ما يعوق المرور أو يضيق من سعته كبناء دكان أو إقامة حاجز ما كان ذلك ضاراً عند الأئمة الثلاثة وإن لم يترتب عليه ضرر كان إحداثه جائزاً بإذن ولي الأمر (أمانة العاصمة أو البلدية أو المجلس القروي) وهذا عند أبي حنيفة . وهنا يبرز دور العرف في تحديد الضرر أو عدم الضرر وتعيين مقدار الضرر (٣) . وعليه يعتمد استنباط الحكم الشرعي أو حكم القاضي .

سادسها : حق التعلي

وهو أن يكون لانسان حق في أن يعلو بناؤه بناء غيره ويكون هذا فيما إذا امتلك شخص الطابق العلوي وامتلك آخر الطابق السفلي وقد تكون البناية مؤلفة من عدة طبقات ، فيعلو كل طابق الآخر ، وقد يمتلك العمارة ذات الطوابق المتعددة عدد من الناس ، ويكون سقف كل طبقة مملوكاً لمالكها وللمستعلى عليه حق الانتفاع به.

وهذا الحق يثبت ببيعه استقلالاً وهو جائز عند المالكية والشافعية والحنابلة كما يثبت ببيعه ضمن بناء العلو . ولا يثبت عند الحنفية إلا ضمن بيع علو قائم بناؤه ، ومنشأ الخلاف عرف الناس في التعامل بذلك أولاً . واذا أراد صاحب العلو الزيادة بالارتفاع أو بزيادة عدد الحجرات ، قال بعضهم بعدم الجواز مطلقاً إلا

---

(١) انظر مختصر أحكام المعاملات الشرعية ص ٢٣ ومرشد الحيران ص ١٢-١٣ .

(٢) انظر كتاب المعاملات جـ ١ ، ص ٤٦ .

(٣) مختصر أحكام المعاملات الشرعية ص ٢٤ .

باذن صاحب السفل ، وقال بعضهم تجوز مطلقاً ان لم يكن فيـه ضرر ، وفصل آخرون فقالوا : إن وافقت ما تعارفه الناس ولم يكن فيها ضرر جازت ولو بدون إذن صاحب السفل ورضاه لأن حالة المباني تختلف باختلاف الأزمان والأمكنة ، وإن لم توافق ما تعارفه النـاس لا تجوز إلا بالاذن . ونرى في هذا التفصيل تحكيم العرف ، وبناء الحكم الشرعي عليه ، ونجد ذلك في كثير من فرعيات أحكام حق التعلي في تصرفات أصحاب الطبقات أو الشقق في العمارة الواحدة من فتح نافذة أو إحداث باب ، أو إعادة تجديد البناء أو إصلاحه ، أو وضع أثقـال كثيرة عليه وغير ذلك من سائر التصرفات التي يحكم العرف في جوازها أو عدم جوازها(١) .

سابعها : حق الجوار

وهو الحق الذي ينشأ من ملاحقة الحدود في الأرض والدار والطريق الخاص وغيرها وقد ثبتت هذه الحقوق بالقرآن والسنة ، ففي القرآن الكريم أمر بالاحسان الى الجـار ذي القربى والجـار الجُنب . قال تعـالى « وَاعْبُدُوا اللهَ وَلا تُشْرِكوا بِهِ شَيْئاً وَبالوالدَيْنِ إحساناً وَبذي القُرْبى وَاليَتامَى والمَساكينِ وَالجارِ ذي القُرْبى والجـارِ الجُنُبِ والصَّاحِبِ بِالجَنْبِ وابْنِ السَّبيلِ وَمَا مَلَكَتْ أيْمانُكُمْ (٢) .

وقال ﷺ « مـا زال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت أنه سيورثه » وقال « لا يؤمن أحكم حتى يأمن جارُه بوائقه » وقال « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم جاره » .

وقد وجب للجار على الجار حقوق أخلاقية كثيرة كالاعانة والنصرة في الحق والاقراض وعيادته إن مرض وإعارته المواعين وغير ذلك ، وحقوق تتعلق بجوار

---

(١) انظر فتح القدير للكمال بن الهمام على الهداية للمرغيناني جـ ٥ ، ص ٢٠٤ . ورد المحتار على الدر المختار لابن عابدين جـ ٥ ، ٤٤٥ ، وكتاب المعاملات لأحمد أبو الفتح جـ ١ ، ص ٤٨ ـ ٤٩ ومختصر أحكام المعاملات للخفيف ص٢٤ . وانظر كتاب الملكية في الشريعة الاسلامية للدكتور عبد السلام العبادي ١/٢١٠ وما بعدها .

(٢) سورة النساء آية ٣٦ .

الحدود ، فلا يجوز للجار أن يضر بجاره ضررا بيناً فاحشاً في سبيل انتفاعه بملكه ، كحجب الضوء ومنع الهواء بأن يبني بنـاء يسد نوافذ جاره ، أو يحدث مصنعاً مزعجاً بآلاته وسط منازل السكنى ، أو يهدم السور الذي بينهما أو مثل ذلك . وقد ذهب أبو حنيفة وأصحابه والشافعي وأحمد إلى عـدم تقيد المالك في انتفاعه بملكه لأجل مصلحة جاره ، لأن مقتضى الملك التام أن ينتفع المالك بملكه على الوجه الذي يريده ، وخالفهم الإمـام مالك ومتأخرو الفقهاء من الحنفية فمنعوا الجـار أن يتصرف في ملكه تصرفاً يضر بجاره ضرراً فاحشاً ، اعتماداً على حديث النبي ﷺ « لا ضرر ولا ضرار » ولأن ما تعارف عليه الناس أن لا يتجاوز المالك الرسـم المعتـاد في التصرف . وقـد بنوا تحديد الضرر الفاحـش على عـادات الناس وعرفهم (١) .

* * *

ويتبين مما مر في هذه الحقوق أنها تعتمد في بعض أحكامها على العرف سواء أكان خاصاً أو عاماً ، قولياً أو عملياً ، وأن الشريعة راعت معتاد الناس فيما لا يخالف اتجاه الاسلام العام لتحقيق المصالح والتيسير على الناس ومنع المفاسد .

البيـوع

التي بني الجواز فيها على العرف

وهي البيوع التي شرعت على خلاف القياس دفعاً للحرج وتسهيلاً على الناس في المعامـلات ، وسميت ببيوع الاستحسان وهي التي أبيحت للضرورة لتعارف الناس بها في معلاتهم وهي : بيع السلم وبيع الاستصناع ، وبيع الوفاء .

---

(١) مختصر أحكام المعاملات الشرعية ٢٥ والمعاملات ١/٥٠ .

فالقياس : أن بيع المعدوم والبيع المؤقت غير صحيح، وبيع السلم والاستصناع بيع معدوم ، وبيع الوفاء بيع مؤقت (١) .

(١)
بيع السلم

وهو في اللغة التقديم والتسليف ، وهو السلف لغة ومعنى ووزناً ، ومعناه شرعاً : **عقد يتضمن تعجيل أحد البدلين وتأجيل الآخر** أي بيع آجل بعاجل (٢) .

وهو عقد شرع على خلاف القياس لكونه بيع ما ليس عند الانسان ، **وأصل** مشروعية الكتاب كما قال ابن عباس : أشهد أن الله تعالى قد أحلّ السلف **المضمون** (وفي رواية المؤجل) إلى أجلٍ مسمى ، وأنزل فيه أطول آية المداينات **وتلا قوله** تعالى « يا أيُّها الذّين آمَنَوا إذا تدايَنْتُم بدينٍ إلى أجَلٍ **مُسمى فَاكتُبُوه** ... الآية » (٣) ، والسنة فيما روي عنه ﷺ أنه« نهى عن بيع ما ليس عندالإنسان ورخص في السلم » (٤) وفيما روى ابن عباس رضي عنهما قال « **قدم رسول الله ﷺ والناس يسلفون في التمر السنة والسنتين والثلاث فقال** « من أسلف في شيء فليسلف في كيلٍ معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم » (٥) والإجماع، فقد أجمعت الأمة الإسلامية على جوازه من لدن الصحابة إلى يومنا هذا .

ومن هذه النصوص يتبين أن الجواز بني على ما تعارفه الناس ، فان نص الحديث الذي رواه ابن عباس يفيد بأن الناس كانوا يتعاملون هذا النوع من البيع فأقرهم ﷺ واستمر الناس على التعامل به من غير نكير ، فكان اقراراً لعرف قائم.

---

(١) أحكام المعاملات لأحمد أبو الفتح ٣٧٨/٢ .

(٢) كتاب اللباب شرح الكتاب لأبي الحسن القدومي ١١٥ طبع صبيح بالقاهرة وأنظر الاختيار شرح المختار ٣٣،٢ .

(٣) سورة البقرة آية ٢٨٣ .

(٤) المعاملات ٣٧٩/٢ .

(٥) رواه البخاري والترمذي .

وأحكام السلم التي استنبطها المجتهدون بني كثير منها على العرف كما بني أصل جوازه ، مثل حكم ألفاظ السلم والخلاف بين أبي حنيفة وأصحابه وبين زفر ومثل شروطه ، وضوابط ما يجوز السلم فيه وما لا يجوز وغيرها (١) .

(٢)

الاستصناع

الاستصناع عقد على مبيع في الذمة مطلوب عمله (٢) أي إن معنـاه أن يطلب إنسان من الصانع أن يعمل له شيئاً مادته من عنده على وجه مخصوص (٣) وصورته أن يقول إنسان لصانع نحـاس أعمل لي إناءً على صفة كذا فيقول نعم (٤) .

وقد تعارفه وجرى عليه الناس التعامل فجاز استحساناً مبنياً على العرف ، قال الكاسـاني (والقياس أنه لا يجوز لأنه بيع ما ليس عند الإنسان ، ولأن الحاجة تدعو إليه ، لأن الإنسان قد يحتاج إلى خفٍ أو نعلٍ مـن جنس مخصوص ونوعٍ مخصوص وصفة مخصوصة ، وقلما يتفق وجوده مصنوعاً فيحتاج إلى أن يستصنع ، فلو لم يجز لوقع الناس في الحرج ، وقد خرج الجواب عن قوله أنه معدوم لأنه الحق بالموجـود لمساس الحاجة إليه كالمسلم فيه ، فلم يكن بيع ما ليس عند الإنسان على الإطلاق ، ولأن فيه معنى عقدين جائزين السلم والإجارة ، لأن السلم عقد على مبيع في الذمـة واستئجار الصناع يشترط فيـه العمل ، وما اشتمل على عقدين جائزين كان جائزاً (٥) » .

---

(١) راجع بدائع الصنائع للكاساني ٣١٤٧/٧ وما بعدهـا والاختيار ٣٣/٢ وما بعدها ، واللباب شرح الكتاب للقدوري ١١٥ وما بعدها .

(٢) مختصر أحكام المعاملات الشرعية ١٧٧ .

(٣) العرف والعادة عند الفقهاء لأبي سنة ١٣١ .

(٤) بدائع الصنائع ٢٦٧٧/٦ .

(٥) بدائع الصنائع ٢٦٧٨/٦ .

وقد اشترط في الإستصناع أن يكون فيما يجري فيه التعامل بين الناس ، وما تعارف عليه الناس في استصناعه جاز ومالا فلا يجوز ، فقد كان الفقهاء لا يرون أن يكون في الثياب لأن القياس يأبى جوازه، وانما جوزوه استحساناً لتعامل الناس . وقد أكدّ الفقهاء على جوازه استحساناً للعرف، وبنوا أحكامه الفرعية على ذلك(١) يقول الأستاذ أبو سنة « فالفقه أن ما جرى العرف به صح استصناعه كالخفاف والأواني وأثاث المنزل وعدد الحرب والثياب . وأما تصريح فقهائنا بأنه لا يجوز استصناع الثياب فذلك مبني على عرفهم ، لأن الناس ما كانوا يتعاملون هذا النوع ، أما الآن فقد فشا هذا التعامل بين التجار والصناع في البلدان ، ويشترط في العرف المجوز للاستصناع أن يكون عاماً (٢) » .

(٣)

بيع الوفاء

هو عقد يشترط فيه البائع أنه متى رد الثمن الى المشتري رد إليه المبيع سواء أكان الثمن نقداً أو ديناً كان على البائع .(٣)وصورته أن يبيع إنسان داراً أو أرضاً بثمن معلوم ، على أن يردها عليه البائع أو يبيعها له ثانياً إذا رد له الثمن الذي أخذه منه . (٤)

وهو بيع شرط فيه على المشتري نفع لا يقتضيه العقد ، وهو الفسخ عند سداد الثمن .

وقد اختلف في تكييف هذا العقد أهو بيع وفيه صورة البيع وبعض أحكامه

(١) بدائع الصنائع ٢٦٧٩/٦ .
(٢) العرف والعادة في رأي الفقهاء ١٣٣ .
(٣) العرف والعادة في رأي الفقهاء ١٦٧ .
(٤) البيوع للدكتور محمد يوسف موسى ١٤٤ الطبعة الأولى بمصر ١٣٧٢هـ ١٩٥٣م .

كانتفاع المشتري بالمبيع ؟ أم هو رهن ما دام الشرط أن يرد المشتري ما اشتراه إذا أرجع البائع إليه الثمن الذي أخذه منه بعد حين ؟ ؟

والناس قد لجأوا إلى هذا النوع من البيع هرباً من الوقوع في الربا، واضطرارهم إلى الإستدانة ، وإحجام أصحاب الأموال عن الاقراض الحسن ، فتعاملوا بذلك ليحتالوا على نفع الدائن عن طريق لا يعد ربا . (١)

قال النسفي : اتفق مشايخ زماننا (٢) على صحته بيعاً على ما كان عليه بعض السلف ، فجعلوه بيعاً جائزاً مفيداً بعض أحكامه ، وهو الانتفاع به دون البعض ، وهو البيع لحاجة الناس إليه ، ولتعاملهم به ، والقواعد قد تترك بالتعامل ، وجوز الاستصناع لذلك » (٣) وفي شرح الأشباه « أن ما ثبت به عرف عام لا خاص فيكون هذا العرف مخصصاً لنهيه ﷺ عن بيع وشرط » (٤)

وقد اختلف العلماء في إباحته ، فقد ذهب أكثر علماء الحنفية المتأخرين إلى جوازه قال صاحب الدر المختار « انه بيع يفيد الانتفاع به وعليه الفتوى » . (٥)

وذهب قسم منهم الى أنه رهن تثبت له أحكامه ، فلا يملكه المشتري ولا ينتفع به إلا بإذن البائع. قال صاحب جامع الفصولين ابن قاضي سماونة « البيع الذي تعارف أهل زماننا احتيالاً للربا وسموه بيع الوفاء هو رهن في الحقيقة لا يملكه ولا ينتفع به إلا بإذن مالكه وهو ضامن لما أكل من ثمره ، وأتلف من شجره » (٦) وقد رجح الشيخ محمد فهمي أبو سنة أن بيع الوفاء عقد قائم بنفسه ، له أحكام خاصة به للعرف ، اقتداء بالزيلعي الذي نقل فتوى العلماء لحاجة الناس (٧) . وقد

---

(١) البيوع للدكتور محمد يوسف موسى ١٤٤ .
(٢) هم فقهاء سمرقند في القرنين الخامس والسادس .
(٣) العرف والعادة لأبي سنة ١٦٧ .
(٤) شرح الاثبات ٢٠٨/٢ نقلا عن العرف والعادة لأبي سنة ١٦٧ .
(٥) راجع رد المحتار على الدر المختار ٢٥٧/٤ .
(٦) جامع الفصولين لمحمود بن اسرائيل الشهير بابن قاضي سماونة ١٦٩ المطبعة الأميرية بالقاهرة .
(٧) الزيلعي على الكنز ١٣٨/٥ نقلا عن كتاب العرف والعادة ١٦٨ .

اختاره صاحب الهداية وسماه البيع الجائز المعتاد(١) وقال الدكتور محمد يوسف موسى « والنتيجة أننا نميل الى اعتبار هذا العقد عقد بيع ، وأنه جائز من باب الاستحسان اعتبارا للعرف ولحاجة الناس . وفي هذا يذكر ابن نجيم المصري الحنفي أنهم قالوا إن بيع الوفاء صحيح ، لحاجة الناس إليه فراراً من الربا ، فأهل بلخ اعتادوا الدين والإجارة وهي لا تصح في الكـرم ، وأهل بخارى اعتادوا الإجارة الطويلة ولا يمكن في الأشجار ، فاضطروا إلى بيعها وفاء وما ضاق على الناس أمر إلا واتسـع حكمه » ومـا احرانا أن نقر هذا العرف الذي أقره أسلافنا الفقهاء ، توسـعة على الناس ، وإبعاداً لهم عن الاقتراض بالربا ، وبخاصة وليس في هذا إلاّ الوعد من المشتري برد ما اشتراه الى مالكه حين يدفع اليه الثمن الذي كان قد أخذه منـه . وقد يكون من الخير اشتراط مدة يباح فيها للبائع استرداد ما باعه على هذا النحو ، والاّ كان البيع باتاً نهائياً ، ضماناً لاستقرار المعاملات . » (٢)

ويتضح من كل هذا أن بيع الوفاء انما أباحه العلماء استناداً الى العرف العام ، وأحكامه الفرعية كثير منها بني على هذا العرف .

(٤)

الاجـارة

الاجارة من العقود التي أجازهـا الشرع استحساناً مبنياً على العرف ، والا فهي في الأصل لا تصح ، لأنها تمليك المنفعه في الحال بعوض أو عقد يفيد تمليك المنافع بعوض والمنافع معدومة ، أي لم تحصل للمستأجر بعد ، والعقد على المعدوم لا يجوز ، وانما جوزت لحاجة الناس اليها ، وقد تعارفوا العمل بها .

وقد أجيزت بالكتاب لقوله تعـالى : « فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُن

(١) العرف والعادة ١٦٨ .

(٢) البيوع للدكتور محمد يوسف موسى ١٤٦ .

أُجورَهُن (١) » وقوله « لِيَتَّخِذَ بَعْضُهُمْ بَعْضاً سُخْرِياً (٢) » وبالسنة كقوله ﷺ « من استأجر أجيراً فليعلمه أجره (٣) » وقوله « أعطوا الأجير حقه قبل أن يجف عرقه (٤) ، وبعث ﷺ والناس يتعاملون بهـا فأقرهم عليهـا وعليه الاجماع (٥) ، قال شمس الأئمة السرخسي « وبعث رسول الله ﷺ والناس يؤاجرون ويستأجرون فأقرهم عليه (٦) » وهي عقد على المنافع وقد بينا أن المنافع تدخل في الأموال عرفاً .

ومن هنا يتضح أن اباحة الاجارة إنما شرعت بالنص ومنه إقرار النبي ﷺ الناس على عرفهم في الإجارة وتعاملهم بها والإجماع بني على ذلك، فكانت الإجارة في مشروعيتها مبنيةً على العرف وكذلك في كثير من أحكامها الفرعية. قال صاحب البدائع « فالإجارة جائزة عند العلماء ، وقال أبو بكر الأصم: أنها لا تجوز والقياس ما قاله لأن الإجارة بيع المنفعة والمنافع للحال معدومة ، والمعدوم لا يحتمل البيع ، فلا يجوز إضافة البيع الى ما يؤخذ في المستقبل كإضافة البيع الى أعيـان تؤخذ في المستقبل ، فاذن لا سبيل الى تجويزها لا باعتبار الحال ولا باعتبار المآل فلا جواز لها رأساً . لكنا استحسنا الجواز بالكتاب العزيز والسنة والإجماع (٧) » ثم أتى بالأدلة من القرآن الكريم والسنة المطهرة ومنها « وروي أن رسول الله ﷺ مرَّ على رافع بن خديج وهو في حائط (بستان) فأعجبه فقال : لمن هذا الحائط ؟ فقال : لي يا رسول الله استأجرته . فقال رسول الله ﷺ « لا تستأجره بشيء منه » خص النبي ﷺ النهي باستئجاره ببعض الخارج منه ، ولو لم تكن الإجارة جائزة أصلاً لعم النهي ، إذ النهي عن المنكر واجب ، وكذا بعث رسول الله ﷺ والناس يؤاجرون

---

(١) سورة النساء آية ٢٤ .
(٢) سورة الزخرف آية ٣٢ .
(٣) رواه البخاري .
(٤) رواه البخاري .
(٥) الاختيار ٥١/٢ .
(٦) المبسوط ٧٤/١٥ .
(٧) بدائع الصنائع ٢٥٥٤/٥ .

ويستأجرون (أي عرفهم قائم على ذلك) فلم ينكر عليهم فكان تقريراً منه، والتقرير أحد وجوه السنة (١) » ويقول أيضاً وقد أعتمد الفقهــاء على العــادة والعرف في استنباط كثير من الأحكام الفرعية للإجارة مثل بيان الأشياء التي يصح استئجارها والتي لا يصح فقد أداروها على مقصود عادة أو غير مقصود عادة (أي عرفاً) . ومثل اشتراطهم أن تكون المنفعة مغلومة والاجرة معلومة لكل من المتعاقدين علماً نافياً للجهالة الفاحشة قطعاً للمنازعة ، وذلك بالعرف كاستئجار الدور والحوانيت فان استئجارها معروف عرفاً فتنعقد الاجارة على المعرفه المتعارفه والقــاعدة ان المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً . يقول الاستاذ علي الخفيف« فأما علمها بالعرف فهو مثل إجارة الدور والحوانيت فان استعمال الدور معروف عرفاً وكذلك استعمال حوانيت كل ناحية من نواحي البلد فتنعقد إجارتها على منفعتها المتعارفة لأن المعروف بالعرف كالمشروط،وعلي ذلك يتقيد بها المستأجر فلا يخرج عنها ، ومثل ذلك إجارة بعض الأراضي لزراعتها فان العرف إذا قضى بزراعتها أصنافاً معينــة وجب على المستأجر ألا يتجاوزها الى ما يضر بالأرض (٢) » ويقول « وكذلك يلزمه أن يتقيد بالعرف في الاستعمال ، فاذا كانت العين المستأجرة دابة لم يجز له أن يضربها ولا أن يكبحها بلجامها ولا أن يسير بها سيراً عنيفاً ,وإذا كانت داراً لم يجز له أن يبــاشر فيها أعمالاً توهن بناءها وهكذا مما ينكره عليه العرف ، فاذا تجاوزه كان معتدياً لأن المعروف بالعرف كالمشروط (٣) » .

(٥)

المزارعة

وهي لغة مفاعلة من الزرع ، وهو الانبات ، وهي ليست على بابها في المفاعلة

---

(١) بدائع الصنائع ٢٥٥٦/٥ .

(٢) مختصر أحكام المعاملات الشرعية ص ١٨٧ .

(٣) مختصر أحكام المعاملات الشرعية ص ٢٨٩ .

لأنها قد توجد من جانب واحد لا من الجانبين والأصل فيها يقتضي وجود الفعل من الاثنين (١) .

وهي شرعاً : **عقد على الزرع ببعض الخارج** أي هي عقد بين مالك الأرض والمزارع على أن يزرعها ببعض الخارج منها .

وهي عقد جائز عند صاحبي أبي حنيفة أبي يوسف ومحمد لما صح عندهما أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من تمر وزرع وأدنى درجات فعله عليه الصلاة والسلام الجواز وهي شريعة متوارثة لتعامل السلف والخلف على ذلك من غير إنكار (٢) . وأبو حنيفة يرى أنها فاسدة ويستدل بما رواه رافع بن خديج قال : نهانا رسول الله ﷺ عن أمر كان لنا نافعاً ، نهانا إذا كان لأحدنا أرض أن نعطيها ببعض الخارج ثلثه أو نصفه، وقال « من كانت له أرض فليزرعها أو يمنحها أخاه » وهذا متأخر عما كانوا يعتقدونه من الاباحة ويعملونه فاقتضى نسخه . وبرأي أبي حنيفة قال الشافعي ومالك .

والفتوى على قولها لحاجة الناس ولأن السلف تعاملوا بها فصارت شريعة متوارثة وقضية متعارفة (٣) وذكر ذلك علماء الحنفية (٤) ، وجاء في الهداية بعد أن رد على من يجيزها « والفتوى على قولها لحاجة الناس إليها ولظهور تعامل الأئمة بها، والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع (٥) » .

فالأصل في جوازها الشرع ، وقد بني حكمه على العرف ، كما بنيت بعض أحكامه المفرعة عن الجواز على ما تعارفه الناس، من ذلك ما روي عن أبي يوسف أنه أجاز شرط الحصاد ورفع البيدر والدياس والتذرية على المزارع لتعامل الناس(٦) ومنها ولاية جبر المزارع على الحرث وعدمها . قال الكاساني « وهذا على وجهين :

---

(١) بدائع الصنائع ٣٨٠٧/٨ .

(٢) بدائع الصنائع ٣٨٠٨/٨ .

(٣) الاختيار ٧٥/٣ .

(٤) اللباب شرح الكتاب للقدوري / ٢٠٦ .

(٥) الهداية للمرغياني ٤٠/٤ .

(٦) بدائع الصنائع ٣٨٢٠/٨ .

أما ان يشرطا الكراب (الحرث) في العقد واما أن يسكتا عن شرطه ، فان شرطاه يجبر عليه لأنه شرط صحيح فيجب الوفاء به ، وإن سكتا عنه ينظر إن كانت الأرض مما يخرج الزرع بدون الكراب زرعاً معتاداً يقصد مثله في عرف الناس لا يجبر المزارع عليه ، وإن كانت مما لا يخرج أصلاً ، أو يخرج ولكن شيئاً قليلاً لا يقصد مثله بالعمل يجبر على الكراب ، لأن مطلق عقد المزارعة يقع على الزراعة المعتادة (١) . ومنه ما لو شرط الجُداد (القطع) على العامل وحده لا يجوز بالاتفاق لأنه لا عرف فيه (٢) .

(٦)

المساقاة

والمساقاة مفاعلة من السقي ، وتسمى معاملة وهي : عقد على العمل ببعض الخارج ، أو هي عقد على دفع الشجر وما في حكمه الى من يقوم بالعمل عليه بجزء مما يخرج من ثمره ، وترد على إصلاح الشجر أو الكرم أو ما في حكمها كالباذنجان والكوسى والبطيخ ، وهي إجارة ابتداء وشركة انتهاء كالمزارعة . وتكون المساقاة على غير المثمر مقابل ما يأخذه الساقي من السعف والحطب وغيرها .

وقد ذهب الصاحبان أبو يوسف ومحمد ومالك وأحمد بن حنبل والإمام الشافعي الى مشروعية المساقاة محتجين بحديث خيبر أنه عليه الصلاة والسلام رفع نخيلهم معاملة ، ويرى أن المزارعة لا تجوز إلا مع المعاملة .

وقد بني الحكم الشرعي على فعل النبي ﷺ في خيبر واعتمد النص على تعامل الناس فيها وتعارفهم على ذلك فكانت اجازتها بمقتضى النص الملاحظ فيه العرف .

---

(١) بدائع الصنائع ٨ / ٣٨٢٣ .

(٢) الهداية ٤ / ٤٤ .

ونجد في كثير من الأحكام التي تعلقت بأركانها وشرائط صحتها أو أنواع الفاسد منها ، بناءها على العرف والتعامل فمن ذلك ما نص عليه من أن كل ما كان من عمل المساقاة مما يحتاج إليه الشجر والكرم والرطاب واصول الباذنجان من السقي وإصلاح النهر والحفظ والتلقيح للنخل فعلى العامل لأنها من توابع المعقود عليه فيتناوله العقد ، وكل ما كان من باب النفقة على الشجر والكرم والأرض من السرقين (السماد) وتقليب الأرض التي فيها الكرم والشجر والرطاب ونصب العرايش ونحو ذلك فعليها على قدر حقيهما لأن العقد لم يتناوله ومبنى تناول العقد لما ذكر أو انه من توابع العقد إنما يكون على العرف (١) .

خيار العيب والرؤية

كثير من أحكام الخيارات المقررة في الفقه الإسلامي تعتمد على ما تعارفه الناس لا سيما التجار منهم ، كخيار الرؤية وخيار الشرط وخيار العيب وخيار النقد وخيار التعيين وخيار الكمية وخيار كشف الحال وغيرها (٢) .

ويظهر ذلك واضحاً في مشروعية خيار الشرط فقد نهى النبي ﷺ عن بيع وشرط وإنما جاز استحساناً والدليل على جوازه أن حبّان بن منقذ بن عمرو

---

(١) انظر بدائع الصنائع جـ ٨ ، ص ٣٨٣٤ .

(٢) خيار الرؤية هو الخيار لمن اشترى شيئاً ولم يره أن يفسخ العقد اذا رآه أو أن يمضيه ، وخيار الشرط أن يشرط الخيار لأحد العاقدين أو كليهما بفسخ العقد أو اجازته في مدة معلومة . وخيار العيب وهو الخيار للمشتري أن يفسخ العقد أو يمضيه اذا ظهر في المبيع عيب قديم . وخيار النقد هو ما اذا اتفق المتعاقدان على أن يؤدي المشتري الثمن في وقت كذا وان لم يؤده فلا عقد بينهما صح البيع ، وجاز فسخ العقد اذا لم يؤد الثمن . وخيار التعيين وهو حق المشتري في أن يأخذ أياً شاء من القيميات التي بين البائع أثمانها كلا على حدة وللبائع أن يبيعه ما يشاء أيضاً . وخيار الكمية كما لو اشترى شيئاً بما جيبه أو محفظته من النقود دون بيان مقدارها فان للبائع الخيار عندما يعرف مقدارها ، وخيار كشف الحال كما في البيع بمكيال أو بوزن حجر لا يعرف مقداره بالوحدات الميزانية المعروفة فان للمشتري الخيار معي علم مقدار سعة المكيال أو وزن الحجر .

الانصاري كان يغبن في البيع فقال له النبي ﷺ « إذا بـايعت فقل لا خلابـــة ولي الخيار ثلاثة أيام » والجواز لاستحسان الضرورة ومبناه على العرف والحاجة . وقد اختلف في مدة خيار الشرط فأبو حنيفة تمسك بما ورد في النص المذكور لأن شرط الخيار يخالف مقتضى العقدوهواللزوم وإنما جاز بخلاف القياس لما روي من الحديث فيقتصر على المدة المذكورة فيه وتنتفي الزيادة عليها ، وقال أبو يوسف ومحمد يجوز إذا سمى المشتري أو البائع مدة معلومة ولو لمدة شهرين لأن الخيار إنما شرع للتروي ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى أكثر من ثلاثة أيام كالتأجيل في الثمن فانه جائز على خلاف القياس ، قصرت المدة أم طالت ، وبقولها قال الإمـــام أحمد بن حنبل واستدل بقوله ﷺ « المسلمون عند شروطهم » وقال الإمام مالك إذا كان المبيع لا يبقى أكثر من يوم كبعض الأطعمة لا يزيد الخيار عن يوم وإن كان المبيع ثميناً بحيث لا يعرف المشتري إن كانت المصلحة في أخذه أو تركه إلا في أكثر من ثلاثة أيام جاز أن يشترط أكثر لأنه شرع للحاجة ، وقال الإمام الشافعي بما قال به الإمام أبو حنيفة . ونحن نلحظ في خلافهم الأخذ بما تعارفه الناس وحمل النصوص المحددة للأيام الثلاثة على أن حاجة حبان كانت ثلاثة أيام ، وقد ورد عن ابن عمر أنه أجاز خيار الشرط الى شهرين (١) .

وفي خيار العيب تحديد ما يعد عيباً وما لا يعد عيباً يعتمد على عرف التجـــار وعادات النـــاس ، لأن مقتضى البيع يقتضي سلامـــة المعيب وهو وصف مطلوب مرغوب عادة والمطلوب عُرفاً كالمشروط نصاً (٢) ، وفي تفسير العيب الذي يوجب الخيار فقد اعتمد على العرف فكل ما يوجب نقصان الثمن في عادة التجار نقصاناً فـاحشاً أو يسيراً فهو عيب يوجب الخيـــار وما لا يعد عيباً في عرفهم فلا يوجب الخيار (٣) ، وقد تقصى الفقهاء الأمثلة الكثيرة على ذلـك معتمدين على العرف بين الناس ويمكن لمن أراد التوسع الرجوع إليها في مواطنها من كتب الفقه الموسعة لاسيما

---

(١) انظر الهداية للمرغيناني ٣ / ٢١ والاختيار ٢ / ١٣ والمعـــاملات لأبي الفتح ١ / ٢١٦ ومختصر أحكام المعاملات الشرعية ص ١٤٣ .

(٢) الاختيار ٢ / ١٨ .

(٣) انظر بدائع الصنائع ٧ / ٣٣١٩ .

في المبسوط للسرخسي والبدائع للكاساني ، جاء في الهداية « **وكل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب لأن الضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص القيمة ، والمرجع في معرفته عرف أهله** (١) » . وقد أكد الإمام أحمد بن حنبل على اعتبار العرف في بيان العيب فما يعده العرف عيباً يعد عنده عيباً يستوجب الخيار وإن لم تنقص به قيمة المبيع (٢) .

ويستوي في ذلك العرف العام أو الخاص في تطبيق أحكام الخيارات في الشرط أو العيب أو غيرهما (٣) .

وفي خيار الرؤية يكتفي برؤية ما يفيد العلم بالمقصود عرفاً لتعذر رؤية الكل فاذا تشابهت الدور النموذجية أو غرف الدار يكتفي برؤية أحدها عرفاً ، وإذا رأى نموذج البضاعة التي يريد استيرادها من مكان آخر لا يتمكن من رؤية كلها يكتفي عرفاً برؤية هذا النموذج مع معرفة أوصاف المبيع المستورد ، ورؤية بعض ما لا تتفاوت آحاده كالكيلي والوزني والعدد المتقارب كالليمون يكتفي برؤية بعضه اعرفاً . يقول الشيخ محمد فهمي أبو سنة «والحاصل أن ما يفيد العلم بالمقصود مفوض الى العرف ... والعرف العام والخاص هنا سواء لأنه مما رجع إليه في تطبيق الحكم لمطلق (٤) » .

في النكاح والطلاق وما يتعلق بهما

اعتمد العرف في كثير من أبواب النكاح والطلاق والنفقة والوصية ، وقامت اجتهادات الفقهاء في فروع الاحكام عليه ، وبنيت أحكام القضاة في تطبيق بعض

---

(١) الهداية ج ٣ ، ص ٢٧ .

(٢) مختصر أحكام المعاملات ص ١٥٤ وانظر الروض المربع بشرح زاد المستقنع للشيخ منصور بن يونس البهوتي الحنبلي ج ٢ ، ص ١٧٥ ، المطبعة السلفية بالقاهرة .

(٣) العرف والعادة في رأي الفقهاء ص ١٧٥ .

(٤) العرف والعادة في رأي الفقهاء ص ١٧٤ .

هذه الأحكام على العرف والعادات،ويكفي أن نشيرهنا الى أمور رئيسة فيالموضوع تاركين لمن أراد التوسع أن يرجع الى كتب الفقه المفصلة ، فمن ذلك :

هدايا الخطبة

والخطبة أمر مشروع ، وهي طلب الرجل التزوج بامرأة معينة خالية من الموانع الشرعية ، فاذا خطب رجل امرأة وتردد على أهلها وقدم لها من الهدايا العينية وغير العينية ، المستهلكة وغير المستهلكة ، ثم بعد ذلك حصل ما يستدعي العدول عن الخطبة ، في حكم هذه الهدايا التي قدمت ، وليست مهراً ولا تعد منه . هل يجب على المخطوبة أن تردها الى الخاطب أم لا ؟

ذهب بعض الفقهاء الى اعتبار ذلك هبة ، وحكم الهبة أن الواهب له حق الرجوع عن الهبة إذا لم يوجد مانع منها كزيادة الوهوب ، أو موت الموهوب له أو الواهب ، أو تعويض الواهب عن هبته ، أو خروج الهبة عن ملك الموهوب له ، أو هلاك الهبة أو استهلاكها. فاذا كان ما أهداه لخطيبة قائماً في يدها ولم يوجد مانع من استرجاعه ارجعتها المخطوبة له كخاتم أو ساعة أو اسورة ، وإذا استهلكت لا ترجع ، والجعفرية قالوا باسترداد الهدية ولو هلكت وذلك باسترداد قيمتها ، والشافعية يرون حق الرجوع في الهدية مطلقاً سواء أكان العادل عن الخطبة الخاطب أو المخطوبة (١) . ولكن للمالكية تفصيل في الأحكام مبني على العرف وهو منع الخاطب من استرداد ما أهداه الى المخطوبة إن كان العدول منه، أما إذا كان العدول عن الخطبة منها فلهحق استرداد ما قدمه إليها فانكان قائماً استرده بعينه وإلاّ استرده بقيمته أو مثله ويرجع في ذلك الى العرف ويتبع عادة الناس ، ما لم يكن هناك شرط استناداً الى أن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً . وإذا وجد عرف عام أو خاص

---

(١) الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية للدكتور أحمد الغندور ص ٣٦ من مطبوعات جامعة الكويت سنة ١٩٧٢ .

عند الناس ، أو وجد عرف مشترك بين الطرفين حكم العرف في هذه الهدايـا (١) . وقد أقامت قوانين الأحوال الشخصية أحكامها في ذلـك على الأحكام الشرعيـة المستندة الى العرف وتركت للقاضي تحكيمه في تحديد ذلك .

وقد اعتمدت قوانين الأحوال الشخصية في مصر والكويت على رأي المالكية في هذا خلافاً لقانون الأحوال الشخصية الأردني فقد طبق عليها أحكـام الهبة في المادة (٦٥) منه (٢) ، وأحكام الهبة هذه يراعى فيها العرف .

الكفاءة في الزواج

الكفاءة لغة : المساواة والمماثلة ، وهي مساواة الرجل زوجته في أمور مخصوصة حتى لا تعير هي ولا أولياؤها بزوجها . والكفـاءة معتبرة في الزواج لقولـه عليه الصلاة والسلام « ألا لا يزوج النساء إلاّ الأولياء ولا يزوجن إلاّ من الأكفاء (٣) » وقوله « قريش أكفاء لبعض والعرب أكفـاء لبعض(٤)» . وقول عمر « لا منعن تزوج ذوات الأحساب إلا من الأكفاء (٥) » واعتبار الكفاءة مكمل للمقصود من الزواج وهو انتظام مصالح الزوجية وتأسيس القرابات (٦) .

وذهب عدد من العلماء الى عدم اشتراط الكفـاءة إلا في الدين ومنهم الكرخي من الحنفية والحسن البصري وابن حزم والظاهر من مذهب مـالك (٧) لقوله عليه

---

(١) مواهب الجليل شرح مختصر خليل جـ ٣ ، ص ٤٠٥ .

(٢) انظر المذكرة الايضاحية لشروع قانون الأحوال الشخصية الكويتي وكتاب « الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي للدكتور الغندور ص ٣٧ . وقانون الأحوال الشخصيـة الاردني رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦ .

(٣) انظر كتاب الاختيار جـ ٣ ، ص ٩٨ وهذا الحديث وان كان ضعيفاً لأن في سنده مبشر بن عبيد عن الحجاج بن أرطاة وهما مطعون فيهما إلا أنه يرتقي الى الحسن .

(٤) الاختيار جـ ٣ ، ص ٩٩ .

(٥) رواه الدارقطني .

(٦) العرف والعادة للشيخ أبو سنة ص ١٧٥ .

(٧) انظر بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ١٣/٢ .

الصلاة والسلام « الناس سواسية كأسنان المشط لا فضل لعربي على عجمي إلا بالتقوى(١)» وهو تأييد لقوله سبحانه «إنَّ أكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللهِ أتْقَاكُمْ(٢)» وذهب جمهور الفقهاء الى اعتبار الكفاءة في الدين والحرية والسلامة من العيوب والنسب والحرفة والمال . وهي حق الأولياء فاذا زوجت نفسها من غير كفءٍ فلهم الخيار في إمضاء العقد أو طلب الفسخ دفعاً لضرر العار عنهم .

وهذه الكفاءة في هذه الأمور (مع اختلاف الفقهاء في بعضها) يُعوَّل في معرفتها على ما تعارفه الناس من الصفات التي هي معظمة عندهم أو محقرة ، أو الحرفة التي هي شريفة أو غير شريفة ، أو النسب هل هو شريف أو غير شريف ، ولا سيما عند من يتباهون بالأنساب كالعرب والفرس ، والرضا بالزوج واعتبار كفاءته في الدين والمال والنسب والحرفة والسلامة من العيوب يحتاج في طلب سببه الى العرف وقد ثبت في الحديث النبوي قوله عليه الصلاة والسلام « إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه (٣) » والرضى مبني على عرف الناس ، وتفصيل معرفة الأحكام يعتمد على العرف . قال الكمال بن الهمام « فاذا ثبت اعتبار الكفاءة بما قدمناه ، فيمكن ثبوت تفصيلها أيضاً بعرف الناس فيما يحقرونه أو يعيرون به (٤) » واعتبار الحرف ما هو منها دنيء وما ليس بدنيء . جاء في البدائع « وذكر (أي الصيرفي) أن أبا حنيفة بني الأمر فيها على عادة العرب أن مواليهم يعملون هذه الأعمال لا يقصدون بها الحرف وأجاب أبو يوسف على عادة أهل البلاد أنهم يتخذون ذلك حرفة فيعيرون بالدنيء من الصنائع (٥) » ، وذكر الفقهاء في كفاءة المال انها معتبرة عادة وعرفاً لأن التفاخر يقع في الغنى عادة ، ولأن من لا قدرة على النفقة والمهر يستهان به عادة وإذا لم يعتبر ذلك تختل به المصالح (٦) .

---

(١) رواه البخاري .
(٢) سورة الحجرات آية ١٣ .
(٣) رواه الترمذي وحسنه .
(٤) فتح القدير ٢ / ٤١٨ .
(٥) بدائع الصنائع للكاساني ٣/١٥٢١ مطبعة الامام .
(٦) بدائع الصنائع ٣/١٥٢٠ .

النفقة

سبق أن بينا في دليل العرف اعتماد قوله ﷺ لهند امرأة أبي سفيان حين سألته عما تأخذه من مال زوجها من غير معرفته لأنه رجل بخيل « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف » (١) وقد ورد في خطبة النبي ﷺ في حجة الوداع « ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » (٢) والذي يحدد هذا المعروف عرف الناس وعاداتهم، ولذلك فإن تقدير النفقة يعود إلى ما تعارفه الناس وألفوه، والله سبحانه وتعالى يقول « لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللهُ » (٣) ففي هذه الايجاب ايجاب النفقة للزوجة على زوجها كما أفادت الآيات والأحاديث وجوب النفقة للآباء على الأولاد، والأولاد الصغار على آبائهم، وبينت كتب الفقه مفصلة مَنْ تجب عليه النفقة بين الأقارب ولمن تجب؟ وهذه النفقة تحتاج إلى العرف في تحديد مقدارها وصفتها، وحاجة الواجب له النفقة. وذلك لأن النفقة تختلف مقداراً وصفة بحسب عرف كل بلد ووضعه، فأنواع الطعام والكساء والمسكن والأثاث والاضاءة والمواصلات تختلف بحسب البلدان، بل تختلف في المدينة عنه في القرية، وفي زمن عنه في زمن آخر، وقد كان الناس يعتمدون على الحطب أو الفحم في الوقود وهم اليوم يعتمدون على الكهرباء والنفط وهذه تحتاج الى مواقد وأدوات تختلف عنها في زمننا عن الأزمان السابقة، فالحاجة إلى التدفئة المركزية أو أفران الغاز أو الصوبات غير الحاجة فيما مضى، وهكذا في تطور أساليب الحياة وأدواتها، لذلك فتقدير النفقة يختلف بحسب الحاجة والبلدان، ومرجع ذلك إلى العرف.

والقاضي حين يقدر النفقة يجب أن يلحظ العرف ويعوّل عليه في نفقة الزوجة والأطفال والأقارب، وأن يراعي حال اليسار والفقر مما يختلف فيه طباع

---

(١) رواه البخاري.

(٢) رواه مسلم.

(٣) سورة الطلاق آية ٢.

الناس وأعرافهم وأوقاتهـــم . وعلى ذلك جميع أئمة الفقه . (١) جـــاء في الاختيار « ويفرض لها كل شهر ويقدر النفقة بقدر الغلاء والرخص في كل وقت » وقـــال « وليس فيها تقدير لازم لاختلاف ذلك باختلاف الأوقـــات والطباع والرخص والغلاء » (٢) وجاء في البدائع « وإنما كانت النفقة والكسوة بالمعروف لأن دفـــع الضرر عن الزوجين واجب ، وذلك في ايجاب الوســط في الكفاية وهـــو تفسير المعروف فيكفيها من الكسوة في الصيف قميص وخمـــار وملحفة وسراويل أيضاً في عرف ديارنا على قدر حاله من الخشن و للين والوسط والخشن إذا كان من الفقراء، واللين إذا كان من الأغنياء والوسط إذا كان من الأوساط وذلك كله من القطن أو الكتان على حسب عادات البلدان » (٣) .

الوصية بالمنافع

الوصية شرعـــاً تمليك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع (٤) والوصية بالاعيان أي بالأشـــياء المادية كالبناء والأرض والدنانير والمنقولات ، وتكون بالمنافع ، **وهي تمليك المنفعة تمليكاً مضافاً إلى ما بعد الموت بطريق التبرع** ، ويكون للموصي له حق الانتفاع بالعين الموصى بمنفعتها بعد وفاة الموصي ، كما إذا أوصـــى بـغـلّـةِ بستان لشخص أو أشخاص، أو أوصى بثمرة بستان ، أو أوصى بحق سكنى الانسان في دار مدة معينة أو أوصى باستعمال سيارة مدة سنة ، فهذه وصايا بالمنافع تقوم أحكامها على العرف ، كأن يحدد العرف معنى الثمرة بالاطلاق على الموجود والغلّة يحددها العرف بالاطلاق على ما يتجدد كل سنة عرفاً ،ففي الثمرة لا تتجدد وفي الغلّة تتجدد سنوياً ، وفي ســـكنى الدار يحدد العرف جواز سكناها بنفسه أو

---

(١) راجع نظام النفقات في الشريعة الاسلامية للاستاذ احمد ابراهيم . المطبعة السلفية .

(٢) الاختيار ٤/٥ .

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ٢٢١٧/٥ .

(٤) بدائع الصنائع للكاساني ١٠/ ٤٣ ـ ٤٨ ، وشرح فلا مسكين على كنز الدقائق لابي البركـــات عبد الله بن أحمد النسفي ٣١٦ طبعة المحمودية بمصر سنة ١٣١٢هـ .

معه عائلته وجواز اسكانها غيره بغير عوض لأن الانسان له أن يملك مثل ما ملك لا أكثر ، أما بعوض فلم يجز الشرع ذلك اعتماداً على عرف الناس .

والعرف يعين ما يجب على المنتفع من العناية بحفظ العين المنتفع بها وصيانتها من التلف والانفاق عليها ودفع الرسوم عنها والضرائب وان كانت شجراً فالعنايه بسقايتها وتقليمها وكرب أرضها ، وهكذا بحسب نوع المنفعة الموصى بها. (١)

في العقوبات

التعـــزيـــر

التعزير : التأديب لغة ، وشرعاً تأديب على ذنوب لم تشرع فيها الحدود. (٢)
وقد تركت الشريعة الاسلامية أكثر الجرائم فلم تقدر لها عقوبات محددة بل تركت أمرها لأولي الأمر يصنعون من العقوبات بحسب الجرائم ، وذلك نظراً لاختلاف الجرائم شدة وخفه بحسب الأزمنة ، والأمكنة ، والناس والبيئات .

وقد تنوعت التعازير اما بالنص كما ورد في قوله تعالى « واللاَّتي تَخَافونَ نُشوزَهُنَّ فَعِظوهُنَّ واهْجُروهُنَّ فِي المَضَاجِعِ واضْرِبُوهُنَّ فإن أَطَعْنَكُمْ فَلا تَبْغُوا عَلَيهِنَّ سَبيلاً إنَّ اللهَ كانَ عَلياً كَبيراً » (٣) فقد أمر الله بهجر الزوجة الناشز وضربها إذا لم ينفع معهـا الهجر ضرباً غير مؤذ ، وما ورد أن النبي ﷺ قال « لا يجلد فوق عشرة أسواط إلا في حد من حدود الله تعالى » (٤) وورد عن ابن عمر أن النبي ﷺ ضرب وعذّب ، وأن أبا بكر ضرب

---

(١) كتاب المعاملات لأحمد أبو الفتح ١/٣٦ — ٤١ .
(٢) الأحكام السلطانية للماوردي ٢٣٦ طبعة الحلبي بمصر .
(٣) سورة النساء آية ٢٣ .
(٤) متفق عليه .

وعذب (١) وورد عن النبي ﷺ أنه لعن المخنثين من الرجال والمترجلات من النساء وقال عن المخنث « أخرجوه من بيوتكم » (٢) .

وقد تكون التعازير نتيجة لاجتهادات الفقهاد والقضاة عند التطبيق العملي كما ورد أن علياً رضي الله جلد ونفي من البصرة إلى الكوفة أو منها إلى البصرة ، وأن عمر نفى إلى البصرة ، وأن أبا حنيفة يرى قتـل اللوطي ، ويرى بعض الفقهاء أن يحرق بالنار ، ويرى غيرهم أن يلقى من أعلى مكان في المدينة . (٣)

وهـذه الاجتهادات وتطبيقات القضاة تعتمد على مـا يتعارفه الناس وعلى أحوالهم وعاداتهم وبيئاتهم .

ويتضح ذلك إذا عرفنا أن موجبات التعزير أمران :

(١) المعاصي بترك الواجب كالامتناع عن الصلاة أو الفطر في رمضان أو الامتناع عن اداء الزكاة ، أو بممارسة الفعل المحرم كالزور أو الغش أو اتيـان المرأة الحائض ، أو التعامل بالربا أو اللعب بالقمار أو الافساد أو افشاء أسرار الدولة ، أو التجسس للعدو ، أو ايذاء المسلمين بالشتم أو ازعاجهم بالتكلم بالهاتف واقلاق راحتهم ، أو فتح المذياع على أعلى صوت في وقت نوم الناس ، أو إلقاء القاذورات في الطريق العام أو الخاص أو غيرها .

(٢) درء المفسدة وجلب المصلحة كتأديب الصبيان للتعدي على حقوق الناس (٤) أو اجلاء أهل القاتل عن موطن اقامتهم عند حدوث جريمة قتل .

فهذه الموجبات تبين أن التعزير موكول الى العرف وأحـوال الناس بحسب الأزمان والبيئات .

---

(١) رواه الترمذي .
(٢) رواه البخاري .
(٣) سبل السلام للصنعاني ٤ / ٥٤ طبع المكتبة التجارية بمصر .
(٤) يراجع العرف والعادة عند الفقهاء لابو سنة ١٨٨ .

وقد نشأت فعلاً عقوبات قررها الولاة والقضاة لذنوب مستحدثة ، اعتماداً على العرف ، ومراعاة لأحوال الجاني والمجني عليهم ونوع الذنب المرتكب ، فالعزل من الوظيفة ، ومصادرة الأمـوال ، وهدم المواخير ، وإزالة آثار الجريمة ، وقتل الجاسوس ، وأخذ شطر مال مانع الزكاة ، وسحب الترخيص من سـائق السيارة المخالف ، وحجب رخصة الدكان من المحتكر والتشهير ، وفرض الاقامة الجبرية ، والاعتقال في البيت ، وأمثال هذه العقوبات كلها اقتضتها تغير أحـوال الناس واختـلاف أعرافهم ولهذا تراعى في فرض العقوبات التعزيرية ،وقد تثبت بقانون كما يحدث في أيامنا هذه ، وقدتترك للحاكم كما يحدث أن تترك امور كثيرة للولاة والمحافظين والمتصرفين وللوزراء في ايقـاع العقوبات المختلفة بحسب حال الجنـاة وظروفهم وحجم الجريمة وظروفها ونوعها ويراعى العرف والعادة في ذلك قـال القرافي « فرب تعزير في عصر يكون اكراماً في عصر آخر ، ورب تعزير في بـلد يكون اكراماً في بلد آخر كقلع الطيلسان بمصر تعزير ، وفي الشام اكرام ، وكشف الرأس عند الأندلس ليس هواناً وفي العراق ومصر هوان » (١) .

الاختلاف في الدية

الدية من ودى القاتل المقتول إذا أعطى وليه المـال بدلاً من النفس ثم سمي ذلك المال بالدية وهي حق القتيل (٢) . ثبتت بالكتاب في قوله تعالى « وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إلى أَهْلِهِ إلاَّ أَنْ يَصَّدَّقُوا » (٣) وبالسنة في قوله ﷺ إلى أهـل اليمن « وأن في النفس مائة من الإبل » وبالإجماع على وجوبها لصون بنيان الآدمي عن الهدم ودمه عن الهدر . (٤)

وتكون الدية من الإبل مائة ومن الذهب ألف دينـار ومن الفضة اثنا عشر ألف درهم أو عشرة آلاف درهم .

---

(١) الفروق ١٨٣/٤ والعرف والعادة ١٩١ .
(٢) حاشية ابو السعود على الكنز ٣ ٤٨٢ .
(٣) سورة النساء آية ٩٢ .
(٤) الاختيار ٤٨/٥ .

وقد اختلف الفقهاء في جنس الدية ، هل يجب أن تكون من الإبل وحدها ، ولا يصح أن تكون من الذهب والفضة أو تكون من الذهب والفضة بدلاً من الإبل ولذلك تقدر الدية بحسب ثمن الإبـل في زمن دفع الدية ، أو أن الإبل والذهب والفضة أصول في جنس الدية ، وهي جميعاً بدل القصاص . وثمـرة الخلاف تظهر عند تسليم الدية فعلى القول الأول يصح تسليم أي شيء من الأجناس الثلاثة وليس لولي الـدم أن يمتنع عن ذلك بينما عند الشافعي له ذلك إذا أصـر على تسليم الدية من الإبل . (١)

وقد رأى الإمام مالك أن الدية تؤدى في الإبل والذهب والفضة ، ويؤدي كل قـوم من الغالب عندهم كما ورد في الموطأ ، ولا يقبـل ممن عندهم الذهب إلا الذهب .

وهذا كله بناء على عرف الناس وأحوالهم ، وعادة كل بلد في استعمال المال ، ومعنى المال ، قال أبو الوليد الباجي المالكي في المنتقى « وعندي أنه يجب أن ينظر إلى غالب أموال الناس في البلاد فأي بلد غلب على أموال أهلها الذهب فهم أهـل ذهب وأي بلد غلب على أموالهم الورِق (الفضة) فهم أهـل ورِق ، وربمـا انتقلت الأموال فيجب أن تنتقل الأحكام وقد أشار مالك إلى ذلك في قوله « فمكة والمدينة اليوم أهل ذهب » (٢) .

ونرى من ذلك ومن اختـلاف الفقهاء في الدية ، وما تدل عليه النصوص وما ينسجم مع أهداف التشريع الاسلامي أن الدية تصح بكل ما تعارف عليه الناس بحسب أقاليمهم وعاداتهم ، وأنها تقدر بحسب الاعراف مع الاعتماد على ما ورد من النصوص ، وسواء أديت بالدنانير من الذهب أو الدنانير من الورَق ، أو من دراهم الفضة أو بديلها ، أو الريالات السعودية أو أي نقد متعارف ، أو من الإبل أو مما يساويها من غيرها فجائز بناء على العرف كما قال بذلك الفقهاء . (٣)

---

(١) انظر كتابنا « نظرية العقوبات » ١٣٦ الطبعة الاولى سنة ١٩٧٤ .

(٢) انظر العرف والعادة عند الفقهاء للشيخ فهمي أبو سنة ١٨٨ نقلا عن المنتقى ٦٨/٧ .

(٣) انظر كتابنا نظرية العقوبات ١٣٦ .

« خاتمـــة »

هـــذه نظرية العرف ، ونظرة الفقهاء إلى العرف ، ومدى العمل بالعرف ، وتأثيره وسلطانه على الأحكام الشرعية . وهي كما نرى نظرية ذات أثر في التشريع الإسلامي ، والتشريع الوضعي ، ولا تعتبر من المصالح المرسلة ، وإن كانت تتشابه معها ، أو تتشابك الأحكام المبنية على المصالح العرفية مع الأحكام المبنية على العرف تبعاً للتشابه ، كما في تغيير الأحكام تبعاً لتغـــير الأوضاع وأساليب الحياة وكمـــا في المصالح المرسلة المبنية على العرف،لكن يبقى العرف دليلا فرعيا كالمصالح المرسلة.

وقد حاولت أن أتقصى القواعد لهذه النظرية ، فتعرضت للعامة منها وبعض القواعد الخاصةالتي بثها الفقهاء في أثناء تعرضهم للفروع الفقهية في الأبواب المختلفة.

غير أني لم أتعرض للقرائن العرفية ، لأن القرائن ــ عند من اعتبرها من الأدلة الفرعية الشرعية ــ متشعبة الأنواع من عقلية وعـــرفية ، ولفظية وحالية ، ولأنها أكثر إلتصاقاً بالقضاء منهـــا ببحث العرف ،الا أنه من المستحسن التعرض للقرائن العرفية ، وقد ذكرنا امثلة منها في أثناء البحث ــ

والقرينة مؤنث القرين فعيله بمعنى مفاعلة ، وجمعها قرائن ، وهي الأمـــارة البالغة حد اليقين (١) ، وهي التي تصير الأمر في حيز المقطوع به ، وتدل على شيء خفي بأمارة ظاهرة تقارنه . وقد تكون القرينة قوية أو ضعيفة على حسب القـــوة المصاحبة ، وقد تصل القرينة إلى الدرجة القطعية كالرمـــاد في دلالته على النـــار ، والمراد بالدرجة القطعية مـــا يشمل الظن الغالب لا خصوص اليقـين القطعي لأن الدلالة مهما قويت لا تخلو من ظن ، باستثناء ما يقطع الاحتمال أصلا كالمحكم والتواتر وهو ما يسمى بعلم اليقين ، أما الدلالة القطعية التي تصل إليها القرائن فهي من باب ما يسمى بعلم الطمأنينة (٢) .

---

(١) المادة ١٧٤١ من مجلة الأحكام العدلية .

(٢) من طرق الاثبات في الشريعةوالقانون للدكتور أحمد عبد المنعم البهي ٧٤ طبعة دار الفكر العربي.

والقرائن موضع خلاف في الأخذ بها قضاء ، وموضع خلاف في الأخذ بها عرفاً ، فقد ذهب إلى جواز الأخذ بها الأئمة الأربعة ، وعقد ابن فرحون فصلا في تبصرة الحكام ذكر فيه حوالي أربعين مسألة مما اتفقوا على الأخذ فيها بالقرينة منها اتفاقهم على جواز وطء المرأة إذا أهديت للزوج ليلة الزفاف وان لم يشهد عنده عدلان من الرجال أن هذه زوجته المعقود عليها اعتماداً على القرينة العرفية المنزلة منزلة الشهادة ، ومنها الإذن لمستأجر الدار في دخول أضيافه وأصحابه للجلوس والمبيت وإن لم يتضمن عقد الايجار الإذن بذلك اعتماداً على القرينة العرفية (١) ، وإلى ما ذهب إليه الأئمة الأربعة ذهب ابن تيمية وابن القيم من الحنابلة والقرافي ، وابن فرحون ، وابن جزي من المالكية ، وابن الغرس والزيلعي وابن عابدين من الحنفية (٢) .

---

(١) تبصرة الحكام ٢٠٢/١ هامش فتاوي الشيخ عليش .

(٢) ابن تيمية : أحمد بن عبد الحليم بن عبدالسلام النميري الحراني الدمشقي الحنبلي أبو العباس بن تيمية شيخ الإسلام ، ولد في حران ، جاهد في سبيل ما يعتقد وله مؤلفات ضخمة ومات معتقلا في سجن دمشق سنة ٧٢٨ هـ .

ابن القيم : محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي الدمشقي ولد وتوفي بدمشق سنة ٧٥١ هـ تتلمذ على ابن تيمية وهو الذي هذب ونشر كتبه ، له تصانيف كثيرة منها : أعلام الموقعين عن رب العالمين » و « الطرق الحكمية في السياسة الشرعية » .

القرافي : أحمد بن إدريس بن عبدالرحمن أبو العباس شهاب الدين الصنهاجي القرافي من علماء المالكية ولد بمصر ومات فيها سنة ٦٨٤ هـ . وله مؤلفات في الفقه والاصول أشهرها « أنوار البروق في أنواء الفروق » في القواعد .

ابن فرحون : برهان الدين ابراهيم بن الإمام شمس الدين علي بن فرحون المالكي ، عالم بالفقه والاصول ، رحل الى القدس ومصر ودمشق ، له مؤلفات أشهرها « التبصرة في أصول الأقضية » و « تسهيل المهمات في شرح جامع الامهات » مات بالمدينة سنة ٧٩٩ هـ .

ابن جزي : أبو القاسم بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي من علماء المالكية صاحب كتب منها « القوانين الفقهية في مذهب المالكية توفي سنة ٧٤١ هـ .

ابن الغرس : محمد بن محمد بن خليل البدر بن غرس من فقهاء الحنفية ، كان غاية في الذكاء ولد وتوفي بالقاهرة سنة ٨٩٤ هـ . ، وله كتب أهمها « الفواكه البدرية في الأقضية الحكمية » ويعرف برسالة ابن الغرس في القضاء .

الزيلعي : عثمان بن علي بن محمد فخر الدين الزيلعي ، من علماء الأحناف قدم القاهرة وتوفي سنة ٧٤٣ هـ . ، له كتب منها « تبيين الحقائق في شرح كنز الدقائق » . =

وذهب الى عدم جواز الأخذ بالقرينة الخير الرملي وصاحب البحر وصاحب تكملة ابن عابدين (١) .

ولكل من الفريقين دليل :

أما دليل المجوزين فمن القرآن والسنة والمعقول ، فمن القرآن قوله تعالى في سورة يوسف « وجاءوا على قميصه بدم كذب (٢) » وقوله سبحانه « وشهد شاهد من أهلها إن كان قميصه قد من قبل فصدقت وهو من الكاذبين وإن كان قميصه قد من دبر فكذبت وهو من الصادقين فلما رأى قميصه قد من دبر قال إنه من كيدكن إن كيدكن عظيم (٣) » ووجه الاستدلال ان سلامة القميص قرينة الكذب في قولهم ان الذئب أكل يوسف فمن غير المعقول أن يأكل الذئب يوسف ويدع قميصه بلا تمزيق ، فاستدل يعقوب بذلك على كذبهم . وان الامارات في قميص يوسف من حيث التمزق من خلفه أو من أمامه تدل على موقف يوسف إن كان هو المعتدي أو المعتدى عليه . قال ابن القيم « ومن ذلك قول الشاهد الذي ذكر اللهشهادته ولم ينكرها بل لم يعبهبل حكاها مقراً لها (٤) » .

= ابن عابدين : محمد أمين بن عابدين فقيه الشام وصاحب رد المحتار على الدر المختار » و « الرسائل » و « الرحيق المحتوم في الفرائض » ، من علماء القرن التاسع عشر ، توفي سنة ١٢٥٢ هـ .

(١) الخير الرملي : خير الدين بن أحمد بن علي الأيوبي العليمي من الرملة بفلسطين ، مات بها سنة ١٠٨١ . كان من علماء الحنفية ، له الفتاوى الخيرية،ومظهر الحقائق حاشية على البحر الرائق .

صاحب البحر : ابن نجيم زين الدين بن ابراهيم بن محمد فقيه حنفي عاش ومات في مصر سنة ٩٧٠ هـ . ، له كتب منها « الأشباه والنظائر ، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق » .

صاحب تكملة ابن عابدين : وهي قرة عيون الأخيار لتكملة رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، ومؤلفها هو محمد علاء الدين بن محمد أمين المعروف بأبن عابدين أكمل رد المحتار بعد وفاة والده .

(٢) الآية ١٨ من سورة يوسف .

(٣) الآية ٢٦ ــ ٢٨ من سورة يوسف .

(٤) الطرق الحكيمة لابن القيم / ٦ .

ومن السنة أحاديث كثيرة منها: ما رواه عبدالرحمن بن عوف أن أنصاريين قتلا أبا جهل يوم بدر ثم انصرفا الى رسول الله ﷺ فقال: كل واحد منهما أنا قتلته فقال رسول الله ﷺ « هل مسحتما سيفكما ، قالا لا ، فنظر في السيفين فقال: كلاكما قتله (١). ووجه الاستدلال أن النبي ﷺ اعتبر أثر الدم في السيف قرينة تدل على عمق الضربة التي تكون القاتلة عادة ، فلما وجد الأثر متساوياً حكم بحسب القرينة لهما بقتله معاً.

وما رواه البخاري عن ابن عمر قال: أتى رسول الله ﷺ أهل خيبر على أن يجلوا منها ولهم ما حملت ركابهم ، ولرسول الله ﷺ الصفراء والبيضاء والحلقة ـ وهي السلاح ـ ويخرجون منها واشترط عليهم أن لا يكتموا ولا يغيبوا شيئاً ، فان فعلوا فلا ذمة لهم ولا عهد. فغيبوا مسكاً فيه مال وحلي لحيي بن أخطب ، كان احتمله معه الى خيبر حين اجليت النضير. فقال رسول الله ﷺ لعم حيي واسمه «سعية» ما فعل مسك حيي الذي جاء به من النضير؟ فقال: أذهبته النفقات والحروب. فقال: **العهد قريب والمال أكثر من ذلك** ، فدفع رسول الله ﷺ سعية الى الزبير فمسه بعذاب ، فقال: قد رأيت حيياً يطوف في خربة ها هنا. فذهبوا به فوجدوا المسك في الخربة. ووجه الاستدلال أن الرسول ﷺ أخذ بالقرينة التي هي قرب العهد وكثرة المال ولم يصدق سعية في ادعائه.

والمعقول يدعو الى الأخذ بالقرائن لأن الامارات الدالة على شيء تسفر عن وجهه بأي طريق كان ، والقرينة طريقة لاستخراج العدل وإنصاف الناس.

وأما دليل المانعين فالاعتماد على أن القرائن ليست مضطردة الدلالة ، ولا منضبطة ، ويدخلها التغير من القوة الى الضعف ، وعلى أن النبي ﷺ ، لم يرجم المرأة التي دلت هيئتها على الريبة ومنطقها على سوء مسلكها في الحديث الذي رواه ابن ماجه عن ابن عباس قال « قال رسول الله ﷺ لو كنت راجماً أحداً

---

(١) أخرجه مسلم والترمذي وأحمد.

بغير بينـــة لرجمت فلانة فقد ظهر منها الريبة في منطقها وهيأتهـــا ومن يدخل عليها » .

ولا شك في أن الدلالـة تؤيد رأي القـــائلين بالعمل بالقرائن (١) ، ومن القرائن القرينة العرفية ، وهي التي نكون النسبة بينها وبين مدلولها قائمـــة على عرف أو عادة تتبع دلالتها وجوداً وعدماً وتتبدل بتبدلهما (٢) ، وهي التي يؤخذ بها في إثبات القضايا ، بينة من البينات في الحكم . قـــال ابن الغرس في الفواكه البدرية في اعتبار القرائن طريقاً لاثبات الحقوق « والقرائن الدالة على مـــا يطلب الحكم به دلالة واضحة بحيث تصيره في حيز المقطوع به (٣) » .

ومن الأمثلة على الأخذ بالقرينة العرفية رجل تلقى بيتاً عن والده وتصرف فيه كما كان يتصرف أبوه من غير منازع ولا مدافع مدة تنيف عن خمسين سنة وبرز جماعـــة يدعون أن البيت لجدهم الأعلى ، فلا تقبل دعواهم مع اطلاعهم على التصرف المذكور واطلاع آبائهم وعدم وجود مانع يمنع من إقامة الدعوى ، وذلك لأن شاهد الحال معه .

ومنها: إذا اختلف المكري والمكتري في شيء من الدار فان الحنابلة يجعلون الحكم في هذا النزاع للقرينة فينظرون فان كان الشيء المتنازع فيه مما ينقل ويحول كالأثـاث والأواني والكتب فهي للمكتري لأن العـــادة أن الإنسان يكري داره فارغة من رحله وقماشه ، وإن كان في شيء مما يتبع البيت في البيت كـالأبواب المنصوبة والخوابي المدفونة والرفوف فهو للمكري لأنه من توابع الدار .

ومنها : لو وجد رجلان في سفينة بها دقيق فادعى كل منهمـــا السفينة وما عليها ، واحدهما يعرف ببيع الدقيق ، والآخر يعرف بأنـــه ملاح فالدقيق للذي يعرف ببيعه ، والسفينة لمن يعرف بأنه ملاح عملاً بالظاهر .

---

(١) انظر كتاب من طرق الاثبات للمرحوم الدكتور أحمد عبد المنعم البهي ص ٨٠ .
(٢) المدخل الفقهي للاستاذ الزرقا جـ ٢ ، ص ٩٠٥ .
(٣) الفواكه البدرية ص ٨٣ .

ومنهـــا : لو خرج رجل من دار إنسان وعلى عنقه متاع فرآه قــوم وهو معروف ببيع مثله من المتاع فقال صاحب الدار هذا المتاع متاعي والحامل يدعيــه فان المتاع للذي يعرف به وإن لم يعرف به فهو لصاحب الدار ، أخذاً بالقرينــة العرفية (٤) ، والأمثلة على ذلك كثيرة عند الفقهاء .

ومن المعلوم أن القــانونيين يعملون بالقرائن القضائيـــة وهي التي يستنبطها القاضي من ظروف الدعوى ، وقسم كبير منها يعتمد على العرف فهي كالقرائن العرفيـــة ، ولسنا بصدد بحث العمل بالقرائن القانونيـــة وهي التي نص عليها القانون ، والقرائن الطبيعية وهي التي لم ينص عليها القانون (٥) ، فهذه تبحث في موضعها من الأدلة . أما القرائن القضائية فمن أمثلتها ثبوت دفع أجرة محل عن شهر متأخر فان ذلك يعتبر قرينة على دفع أجرة الشهر أو الشهور السابقة، وكذلك بالنسبة لقسط من دين فان ذلك قرينة على سداد الأقساط السابقة .

ويجرنا بحث القرينةالقضائية إلى أمر له أهميته لا يتعلق باستنباط الأحكام المبنية على العرف ، وتغيرها بحسبه ، وإنمـــا يتعلق بالرقابة على تطبيق الأحــكام في ظل العرف ، أو تحكيم العرف في اجتهاد القاضي لتطبيق الحكم على الواقعة . فهل يترك ذلك للقاضي ـ مع اختلاف درجات القضاء ـ أم لا بد من اخضاع تحكيم العرف هذا إلى رقابة محكمة عليا كمحكمة التمييز مثلا ؟ ؟ .

ونحن نقـــول إذا كانت المواد التي يراد تطبيقها مبنية على العرف ، فالقاضي ملزم بتطبيق أحكام القانون، ولا يعذر القاضي بجهل العرف الذي بني عليه القانون . وإذا كانت المواد تحتاج إلى معرفة العرف لتحكيمه في تطبيق القانون ، فإن له أن يستعين بأهل الخبرة لمعرفة العرف السائد ، كما إذا أراد أن يفرض النفقة على الزوج لزوجته أو على الأب لأطفاله ، ولم يعرف كم يحتاج الطفل للنفقة أو الزوجة عادة ، فإنه يسأل أهل الخبرة في هذا الشأن ويستنير بمعرفتهم بالعرف قبل اصدار الحكم في القضية . ولا حاجة إلى مراقبة محكمة أعلى في تطبيق العرف .

---

(٤) من طرق الاثبات للمرحوم أحمد عبد المنعم البهي ج ، ص ١٠٩ ـ ١١٠ .

(٥) وهذه القرينة قد تكون قاطعة كثبوت حياة انسان في تاريخ معين فان ذلك قرينة قاطعة على أنه كان حياً قبل هذا التاريخ .

على أنه من الطبيعي في القضاء ذي الدرجات أن تخضع القضية إلى إعادة النظر من المحكمة الأعلى إذا استأنف أحد المتخاصمين أو طلب تميز القضية ، وبهذا يتم للمحكمة الأعلى مراقبة تحكيم العرف في ظروف القضية .

على أن المتمسك بالعرف من المتخاصمين يحتاج إلى اثباته ، ولهذا فانه يبين في دعواه أمام القاضي موضوع العرف المطلوب تحكيمه والقاضي يتثبت من الأمر ، ويتم هـذا في العرف الخاص ، أما العرف العام السائد فمن المفروض أن يعرفه إلا إذا كان عرفاً عاماً سائداً في جهة أو بلدان أخرى غير بلد الدعوى فموقفه كموقف المفتي ، فإنه يحكم العرف السائد للمتخاصمين إذا لم تكن مواد القانون المراد تطبيقها على القضية قطعية الدلالة في الموضوع ، وكانت تحتاج إلى تحكيم العرف . وكثير من البلدان يرى ضرورة رقابة محكمة التميز أو النقض على صحة تطبيق العرف ، ويجعل لها أن تعقب على قاضي الموضوع إذا طبق عرفاً غير قائم أو أغفل عرفاً قائماً ، سواء تمسك به الخصم أم لم يتمسك ، نجح في إثباته أم لم ينجح (١) .

* * *

ولعلي في بيان القواعد العامة لنظرية العرف ، وتقديم أمثلة عليها ، شاركت ـ بجهد متواضع ـ في تجلية نظرية العرف ، وتوضيح أثرهـا في التشريع والمجتمع من ناحية تشريعية ، آملا أن أتمكن أو يتمكن غيري من الباحثين ، من استقصاء الأعراف في مجتمعنا في كل ناحية من نواحيـه ، وتسجيلها ثم تسجيل أثرهـا في ناحيتين ، أولاهما : تطور المجتمع تطوراً تصاعدياً أو انحدارياً بالنسبة للقيم والمثل العليا ، ومدى قرب الأعراف المؤثرة فيه أو بعدها عن تلك القيم والمثل . وثانيتهما : التشريع في جميع مناحيه وأثره في تطور قوانين البـلاد ، لا سيما في القانون المدني ، وقانون الأحوال الشخصية ، والقوانين الادارية .

وأدعو الله مخلصاً أن ينفع الناس ولا سيما طلبة العلم بما كتبت ، وأن يغفر لي ما أخطأت فيما كتبت ولا أعلم به ، راجياً ممن قرأه أن يغض النظر عما فيه من تقصير ،

---

(١) يراجع أصول القانون للدكتور عبد المنعم فرج الصده ١٥٤ .

فقد بذلت الجهد على قدر الاستطاعة وكان الفراغ من تأليفه عام ١٣٩٥هـ . موافق عام ١٩٧٥م ، وكان الفراغ من إعادة النظر فيه وتبيضه صباح يوم السبت في الثامن والعشرين من جمادى الأولى سنة ألف وثلاثمائة وست وتسعين هجرية موافق السادس والعشرين من حزيران سنة ألف وتسعمائة وست وسبعين ميلادية ، ويرجع السبب في التأخير ، كثرة الأعمال والأشغال التي تفرضها مسئولية تولي وزارة الأوقاف ، مع كثرة الاجتماعات والأسفار في داخل المملكة الأردنية وخارجها ، ومسئولية الأسرة والقيام بمهامها ، علماً بأن العمل الإداري معيق عن استمرارية البحث والتعمق والمطالعة ، وعامل من عوامل النسيان ، ولولا الإستمرار في القاء المحاضرات في الجامعة الأردنية لاثر العمل الوزاري كثيراً على الناحية العلمية ، على الرغم من التجربة في العمل الوزاري والادارية تجربة مفيدة مثمرة ، تعود على صاحبها بخير وافر ، ومعرفة واسعة في حقول الخدمات العامة .

وأسأل الله التوفيق وهو حسبي ونعم الوكيل ، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

الفقير إليه تعالى

عبد العزيز عزت الخياط

عمان

المراجـــع

الكتـــــــــــــــــــــب

١ ـ سلم الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي .

٢ ـ المستصفى للامام ابي حامد الغزالي . الطبعة الاميرية .

٣ ـ درر الحكام شـرح مجلة الأحكام لعلي حيـدر ، ترجمة فهمي الحسيني من منشورات مكتبة النهضة ببيروت وبغداد .

٤ ـ تفسير روح المعاني في تفسير القرآن العظيـم والسبع المثاني لأبي الفضل شهاب الدين محمود الالوسي . المطبعة الاميرية بمصر سنة ١٣٠١ هـ.

٥ ـ الأشباه والنظائر للسيوطي طبع البابي الحلبي بمصر .

٦ ـ أصول القانون للدكتور عبد المنعم فرج الصدة .

٧ ـ التقرير والتحبير للكمال بن الهمام . طبعة البابي الحلبي سنة ١٣٥٠هـ .

٨ ـ الأشباه والنظائر لابن نجيم زين العابدين بن ابراهيم وشرحه غمز عيون البصائر لأحمد الحموي . مطبعة دار السعادة بمصر سنة ١٢٩٠هـ .

٩ ـ شرح السنوسية للشيخ ابراهيم البيجوري . طبع الحلبي بمصر .

١٠ـ مجموعة رسائل ابن عابدين . رسالة نشر العرف في بناء الأحكام على العرف لمحمد أمين الشهير بابن عابدين .

١١ـ الموافقات للشاطبي ١ ـ ٤ أجزاء طبع صبيح بمصر .

١٢ـ كتاب « مالك » للشيخ محمد أبو زهرة . طبع القاهرة .

١٣ـ نهايه السول في شرح منهاج الأصول . المتن للقاضي ناصر الدين عبد الله بن عمر البيضاوي والشرح للشيخ جمال الدين عبد الرحيم بن الاسنوي ، وحاشية الشيخ محمد بخيت المطيعي . المطبعة السلفية بالقاهرة ١٣٤٥ هـ .

١٤ـ الفواكـه العديدة في المسائل المفيده لأحمد بن محمد المنقور التميمي النجدي ، طبعة دمشق .

١٥ـ الاختيار شرح المختـار للمودودي عبد الله بن محمود . طبعة صبيح بمصر . تحقيق الشيخ محمد محي الدين عبد الحميد .

١٦ـ الهداية شرح البداية للمرغيناني ـ أربعة أجزاء . طبع الحلبي .

١٧ـ المبسوط للسرخسي . طبعة الساسي بالقاهرة .

١٨ـ مجلة الأحكام العدلية .

١٩ـ الإحكام في تميز الفتاوى عن الأحكـام وتصرفات القاضي والإمام للقرافي ، تحقيق محمود عرنوس طبعة القاهرة .

٢٠ـ الفروق للقرافي / الجزء الثالث ، طبع دار احياء الكتب العربية بالقاهرة .

٢١ـ اغـاثة اللهفان من مصايد الشيطان لابن القيم الجوزية ، تصحيح محمد حامد الفقي وطبعه البابي الحلبي بمصر سنة ١٩٣٩ .

٢٢ـ رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين . المطبعة الأميرية بالقاهرة .

٢٣ـ تنقيح الفصول للقرافي ، المطبعة الخيرية سنة ١٣٠٦هـ .

٢٤ـ قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام . طبعة القاهرة .

٢٥ـ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير . طبعة القاهرة .

٢٦ـ التلويح على التوضيح لصدر الشريعة . والشرح لسعد الدين التفتازاني . طبع الحلبي بمصر .

٢٧ـ سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحـكام المتن لابن حجر العسقلاني والشرح للعلامة الصنعاني ، طبعة المكتبة التجارية بمصر .

٢٨ــ الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن قيم الجوزية، تحقيق محمد حامد الفقي ، وطبعة القاهرة سنة ١٩٥٣ .

٢٩ــ أعلام الموقعين عن رب العالمين لابن قيم الجوزية .

٣٠ــ شرح فتح القدير للكمال بن الهمام ، مع شروح أخرى على الهدايــة . ثمانية أجزاء طبعة مصطفى محمد القاهرة .

٣١ــ حاشية المنياوي على الجوهر المكنون في المعاني والبيان والبديع ، طبعة القاهرة مطبعة التقدم سنة ١٣٤٨ .

٣٢ــ المدخل الفقهي العام للاستاذ مصطفى الزرقا ــ مطبعة الجامعة السورية .

٣٣ــ علم أصول الفقه للاستاذ عبد الوهاب خلاف . طبع القاهرة .

٣٤ــ الرأي في الفقه الاسلامي للدكتور محمد مختار القاضي . طبع القاهرة .

٣٥ــ الأصول العامة للفقه المقارن للسيد محمد تقي الحكيم . طبع بغداد .

٣٦ــ الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمــان ومكان للشيخ محمد الخضر الحسيني ، نشر علي الرضا التونسي . بيروت .

٣٧ــ الفرائد البهيــة في القواعد الفقهية ، تأليف محمــود حمزة ، طبعة دمشق سنة ١٢٩٨هـ .

٣٨ــ أصول القانون للدكتور حسن كيرة . طبع القاهرة .

٣٩ــ المدخل لدراسة القانون والشريعة للدكتور عبد الباقي البكري . طبع بغداد .

٤٠ــ المدخل للعلوم القانونية لسليمان مرقس ، طبعة مصر سنة ١٩٦٨ .

٤١ــ شرح الباب التمهيدي للقانون المصري للدكتور كامل مرسي . طبع القاهرة.

٤٢ــ الوجيز في المدخل للقانون لشمس الدين الوكيل . طبع القاهرة .

٤٣ــ العرف والعــادة في رأي الفقهاء للشيخ أحمد فهمي أبو سنة . مطبعة الأزهر القاهرة سنة ١٩٤٩م .

تنبيــــه

وقع سهو في تثبيت الأبـــواب والفصول في الموضوعـــات واضطررنا لاثباته بعد طبع الملازم . لذلك نرجـو من القـارىء الكريم ملاحظة ذلك ، كما نرجو التجاوز من الأخطاء المطبعية التي وقعت رغماً عنا مع الشكر .

الفهرست

الصفحة

الصفحة

الباب الثـــاني

٥٨ _ ١٠٢

الفصـــل الأول

٥٨ _ ٧٦

الفصل الثـــاني

٧٧ _ ٩٤

الفصـــل الثالث

٩٤ _ ١٠٢

الصفحة

الباب الثالث

أبحاث من الفقه وأصول بنيت على العرف

١٠٣ ـ ١٣٦

الفصل الأول

من أصول الفقه

١٠٣ ـ ١٠٧

الفصل الثـاني

من الفقه

١٠٧ ـ ١٣٦

الصفحة

